Eugen Ehrlich,

Grundlegung der Soziologie des Rechts

Grundlegung der Soziologie des Rechts

Von

Eugen Ehrlich

München und Leipzig
Verlag von Duncker & Humblot
1913

Altenburg
Pierersche Hofbuchdruckerei
Stephan Geibel & Co.

Paul Frédéric Girard

in Freundschaft und Verehrung

zugeeignet.

Vorrede.

Es wird oft behauptet, ein Buch müsse so sein, daß man seinen Sinn in einem einzigen Satze zusammenfassen könne. Wenn die vorliegende Schrift einer solchen Probe unterworfen werden sollte, so würde der Satz etwa lauten: der Schwerpunkt der Rechtsentwicklung liege auch in unserer Zeit, wie zu allen Zeiten, weder in der Gesetzgebung, noch in der Jurisprudenz oder in der Rechtsprechung, sondern in der Gesellschaft selbst. Vielleicht ist in diesem Satze der Sinn jeder Grundlegung einer Soziologie des Rechts enthalten.

Paris, am ersten Weihnachtstage 1912.

Der Verfasser.

Inhaltsverzeichnis.

I.

Der praktische Rechtsbegriff.

Es gab eine Zeit, und sie liegt in der Tat noch nicht sehr weit hinter uns, da wurde der Arzt für seinen künftigen Beruf an der Universität im wesentlichen in der Weise vorbereitet, daß er die Erkennungszeichen (Symptome) der verschiedenen Krankheiten und die Heilmittel, die dafür bekannt waren, auswendig zu lernen hatte. Diese Zeit ist vorbei. Der moderne Arzt ist ein Naturforscher, der sich als Forschungsgebiet den kranken menschlichen Körper ausgewählt hatte. Und ebenso war ein Maschineningenieur vor nicht viel mehr als einem Jahrhundert noch kaum etwas anderes als ein Mechaniker, dem von seinem Meister die Handgriffe der Maschinenverfertigung beigebracht worden sind. Auch das ist jetzt ganz anders geworden. Der heutige Maschineningenieur ist ein Physiker, der die Natur der Stoffe, die er verwenden soll, und die Gesetzmäßigkeit ihres Verhaltens bei verschiedenen äußeren Einwirkungen studiert. Arzt und Ingenieur lernen nicht mehr rein handwerksmäßig die für ihren Beruf erforderlichen Geschicklichkeiten, sondern vor allem deren wissenschaftliche Grundlage. Dieselbe Entwicklung hat sich auch auf zahllosen anderen Gebieten bereits längst vollzogen.

In der Jurisprudenz geht dagegen die Scheidung der Rechtswissenschaft von der praktischen Rechtslehre, der praktischen Jurisprudenz, erst in der Gegenwart, und vorläufig den meisten, die dabei tätig sind, noch unbewußt vor sich. Mit dieser Scheidung ist aber die selbständige Wissenschaft vom Rechte begründet, die nicht praktischen Zwecken dienen will, sondern der reinen Erkenntnis, die nicht von Worten handelt, sondern von Tatsachen. Der Wandel, auf dem Gebiete der Naturwissenschaften schon längst eingetreten, zieht also auch in die Jurisprudenz ein, die Anton Menger einst die zurückgebliebenste aller Wissenschaften genannt hat, „einer entlegenen Provinzstadt vergleichbar, wo die abgelegten Moden der Residenz noch immer als Neuheiten getragen werden". Und der Erfolg wird wohl auch hier nicht ausbleiben. Die neue Rechtswissenschaft wird uns nicht bloß so manche bisher verschlossene Einsicht

in das Wesen des Rechts und der Rechtseinrichtungen bringen, es wird ihr zweifellos auch an praktisch verwertbaren Ergebnissen nicht fehlen.

Es gibt für den Juristen kaum etwas Belehrenderes als die Betrachtung der juristischen Wissensgebiete, wo der Umschwung bereits vollendet ist, etwa der allgemeinen Staatslehre oder der Rechtsgeschichte. Es mag ein flüchtiger Blick auf die letzte gestattet werden. Der Gedanke, daß das Recht im historischen Zusammenhange ausgelegt werden soll, war schon den Römern nicht fremd, sowohl bei Gaius als auch in den Digestenbruchstücken wimmelt es ja von historischen Hinweisen. Selbst die Glossatoren und Postglossatoren haben rechtsgeschichtliche Notizen verwertet und vollends können die großen Franzosen und die eleganten Niederländer des XVI., XVII. und XVIII. Jahrhunderts geradezu als historische und philologische Juristen bezeichnet werden. Ebenso haben die deutschen Publizisten bereits im XVII. Jahrhunderts historisch gearbeitet. Dasselbe gilt von den Engländern wohl schon seit Fortescue. Blackstone ist ein vollendeter Meister in der Kunst, das, was am geltenden Recht unverständlich scheint, historisch zu erklären. Aber erst die historische Juristenschule hat die Rechtsgeschichte, die bisher doch nur um des besseren Verständnisses des geltenden Rechts willen betrieben worden ist, zu einer selbständigen Wissenschaft gemacht, zur Herrin im eigenen Hause. Für den modernen Rechtshistoriker ist es gleichgültig, ob die Ergebnisse seiner Untersuchungen praktisch verwertbar sind, sie sind ihm nicht Mittel, sondern selbst Zweck. Und doch hat die Rechtsgeschichte, seit sie nicht mehr im Dienste der juristischen Dogmatik steht, dieser die unschätzbarsten Dienste geleistet; das beste, was die heutige Dogmatik an wissenschaftlichen Ergebnissen enthält, verdankt sie der Befruchtung durch die Rechtsgeschichte. Die Bedeutung der Rechtsgeschichte für die Rechtswissenschaft beruht aber nicht so sehr darauf, daß sie eine Geschichte, als darauf, daß sie eine reine Wissenschaft ist, fast die einzige Wissenschaft vom Rechte, die es heute gibt. Und welche unerschöpfliche Quelle von Anregung und Belehrung ist die Rechtsgeschichte für die Volkswirtschaftslehre, Volkswirtschaftspolitik, Gesetzgebungskunst geworden! Wäre das bei ihren ursprünglichen beschränkten Zielen und Methoden denkbar gewesen?

Das menschliche Denken wird notwendig von der Vorstellung des Zweckes beherrscht, sie gibt ihm die Richtung, bestimmt die Auswahl des Stoffes, entscheidet über die Methode. In allen diesen Beziehungen hängt auch das Denken des Juristen davon ab, welche praktische Zwecke die Jurisprudenz verfolgt. Wer sich mit der Eisenbautechnik befaßt, wird, wenn er an Eisen denkt, nicht das chemische Element darunter verstehen, sondern das Handelsgut, das ihm die

Hütten für seine Bauten liefern. Er wird sich nur für die Eigenschaften des Eisens interessieren, auf die es beim Eisenbau ankommt, und sollte er sie zu erforschen suchen, so wird er sich dabei der Methoden bedienen, die für die Werkstätte des Eisenbauers geeignet scheinen. Er wird keine Sorge tragen, wissenschaftliche Forschungsmethoden auszubilden, denn an wissenschaftlichen Ergebnissen ist beim Eisenbau nichts gelegen, wissenschaftliche Genauigkeit wäre für praktische Zwecke nicht bloß überflüssig, sondern auch zu kostspielig, zeitraubend und schwierig. Es genügt, wenn der Eisenbautechniker das tut, was er am besten kann, und anderen das überläßt, was sie besser können. Das alles ist an sich gewiß kein Nachteil. Der Eisenbautechniker hat allerdings infolge dieser notwendigen Beschränktheit vieles nicht gesehen, was nicht nur für die Wissenschaft, sondern selbst für die Eisenbautechnik von Wichtigkeit wäre. Sobald aber die Männer der Wissenschaft und die Fachmänner in anderen Arten der Eisenverwertung etwas finden, was für den Eisenbau nützlich ist, so wird er selbstverständlich danach greifen. Hat er auf seinem engen Gebiete mit seinen geringen Mitteln Tüchtiges geleistet, so hat das nicht bloß praktischen, sondern oft genug auch wissenschaftlichen Wert. Seit jeher haben die Beobachtungen der Praktiker die Wissenschaft gespeist; ein gutes Stück der wissenschaftlichen Botanik unserer Zeit stammt noch von der alten Kräuterkunde für Apotheker.

Aber wie anders läge der Fall dann, wenn es keine andere Wissenschaft vom Eisen gäbe als die von der Eisenbautechnik gebotene, keine andere Botanik als die Kräuterkunde für Apotheker; nicht bloß die Forschung, auch die praktische Arbeit würde unter solcher Einseitigkeit entsetzlich leiden. Außer der Pharmakognosie und Pharmakologie, die an Stelle der Kräuterkunde für Apotheker getreten sind, wird die Natur der Pflanze auch von der Landwirtschaftslehre, Forstwirtschaftslehre, Gartenbaukunst und vielen anderen untersucht. Ganz selbständig arbeitet daran die wissenschaftliche Botanik. Was sie ergründet, kommt selbstverständlich auch allen diesen erwähnten praktischen Disziplinen zugute, aber andererseits bieten die Ergebnisse der Arbeit der Praktiker auf allen diesen Gebieten dem wissenschaftlichen Botaniker ebenfalls eine Fülle von Anregungen.

Das Verhängnis der Jurisprudenz ist es, daß sie, obwohl gegenwärtig fast ausschließlich eine praktische Rechtslehre, doch noch immer zugleich die einzige Wissenschaft vom Rechte ist. Denn das bedeutet, daß das, was sie über Recht und Rechtsverhältnisse lehrt, nach Richtung, Gegenstand und Methode nicht mehr ist, als was die praktische Rechtslehre geben kann. Es ist in der Tat so, wie wenn die Mineralogie und Chemie vom Eisen nichts mehr zu sagen wüßten, als was für die Zwecke der Eisenbautechnik erforscht worden

ist, die Botanik nicht mehr von den Pflanzen, als in den Pharmakognosien und Pharmakologien steht. Dieser Zustand der Jurisprudenz ist gewiß höchst unerfreulich, zumal die heutige Rechtslehre weit entfernt ist, auch nur das ganze Gebiet der praktischen Betätigung des Juristen zu erschöpfen. Eigentlich sollte es so viele Rechtslehren geben, als es juristische Berufe gibt. Die Römer unterschieden beim Juristen das respondere, cavere, agere, ins Moderne übersetzt: Die Tätigkeit des Richters, des Urkundenverfassers, des Anwalts, und wenigstens in republikanischer Zeit scheint die Forschung, die Literatur und der Unterricht für jeden dieser drei Zweige gearbeitet zu haben. In England ist die Rechtslehre zugleich richterlich und anwaltschaftlich; außerdem besteht das Urkundenverfassen (conveyancing) als besonderer höchst ausgebildeter Teil der Jurisprudenz. Richter, Urkundenverfasser und Anwalt, das sind jedoch noch lange nicht alle Vertreter juristischer Berufstätigkeit; neben der Staatsverwaltung hat der Jurist auch einen fruchtbaren Wirkungskreis in der privaten Verwaltung, in Landwirtschaft, Handel und Gewerbe; dazu kommt sein Anteil an der Gesetzgebung, Politik, Journalistik.

Die festländische Rechtslehre unserer Zeit ist der römischen und englischen gegenüber erheblich ärmer. Sie hat seit der Rezeption des römischen Rechts ihren Hort fast ausschließlich an den Universitäten gefunden, die, größtenteils vom Staate errichtet und erhalten, von diesem nach der Entstehung des gelehrten Richteramtes in der Hauptsache mit der Aufgabe betraut worden sind, den künftigen Richter für seinen Beruf vorzubereiten. Wäre der Rechtsunterricht an privaten Schulen gepflegt worden, es hätte gewiß neben Schulen für Richter auch solche für Anwälte und Notare gegeben, und die verschiedenen Rechtslehren hätten sich dementsprechend entwickelt; so aber entstand eine Jurisprudenz, deren ganzer Inhalt ziemlich erschöpfend bezeichnet werden kann als praktische Anleitung, wie der Richter sein Amt auszuüben habe. Langsam und zögernd gesellte sich dazu die Vorbereitung für den diplomatischen und den Verwaltungsdienst; die Lehre und die Wissenschaft ergriff daher auch das Völkerrecht und das öffentliche Recht. Mit Recht darf daher Paulsen von den heutigen juristischen Fakultäten sagen, sie seien technische Bildungsanstalten für Richter und Beamte. Aber die große Mehrzahl der Studierenden wollte sich dem richterlichen Berufe zuwenden, und so blieb das Recht, das der Richter brauchte, immer im Mittelpunkte. Vielleicht gerade deswegen hat das öffentliche Recht und das Völkerrecht in Deutschland viel früher eine wissenschaftliche Richtung genommen, als das Privatrecht, Strafrecht und Prozeß; mit dem allgemeinen Staatsrechte, später der allgemeinen Staatslehre ist der erste Zweig der Jurisprudenz entstanden, der, von der praktischen Verwertbarkeit der

Ergebnisse absehend, nur wissenschaftliche Ziele verfolgt. Aber etwas anderes als Beamtenschulen wollten und konnten die juristischen Fakultäten nicht werden, und das war bestimmend nicht bloß für den Unterricht, sondern auch für die Forschung und die Literatur. Daher findet vor allem der juristische Urkundenverfasser und der Rechtsanwalt kaum etwas, woraus er sich über die verantwortungsvollen, schwierigen und wichtigen Aufgaben seines Berufes belehren könnte. Er muß das meiste, was er braucht, rein handwerksmäßig in der Praxis lernen, und die wertvollsten beruflichen Erfahrungen sterben meist mit ihrem Träger. Sie werden aber, und das ist wohl das Entscheidende, auch von der Rechtswissenschaft nicht beachtet, die kein anderes Recht kennt als das richterliche, obwohl schon ein flüchtiger Blick auf das Rechtsleben lehrt, daß sich ein gutes Stück der Rechtspflege und Rechtsfortbildung in den Amtsstuben der Anwälte und Notare vollzieht, und welche Fülle wertvollen Stoffes die Rechtswissenschaft daraus schöpfen könnte. Und die Bedeutung der Urkunde als Hebel der Rechtsentwicklung könnte der moderne Jurist immerhin aus einem Handbuch der Rechtsgeschichte erfahren. Ganz im Einklang damit steht es, daß die Rechtslehre auch auf ihrem eigenen Stoffgebiete sich nach demselben Gesichtspunkte einschränkt. Wichtige Gegenstände werden nicht behandelt, wenn sich der Richter damit im allgemeinen beruflich nicht befaßt. Das Recht des Arbeitsvertrages ist erst vor etwa einem Jahrzehnt für die Jurisprudenz von Lotmar entdeckt worden, nachdem es infolge des großen Aufschwunges der Industrie in Deutschland die Rechtspflege immer mehr zu beschäftigen begonnen hatte. Die bedeutsamsten juristischen Fragen unserer Zeit, die der Gewerkvereine, die Trusts, die Kartelle sind für die Rechtslehre kaum vorhanden, gewiß nur deswegen, weil sie wohl im Rechtsleben, nicht aber in der Rechtspflege eine große Rolle spielen.

Am verderblichsten wirkte dieser Zustand auf die Methode. Die erste Aufgabe jeder Forschung ist es, eine ihrem Gegenstande entsprechende Forschungsmethode zu finden. So manches große Gelehrtenleben ging in der Arbeit an der Methode auf; war diese einmal da, so konnte das Werk auch von ganz untergeordneten Kräften fortgesetzt werden. Im Grunde genommen ist selbst die Spektralanalyse nichts als eine Methode. Die Jurisprudenz, abgesehen von der allgemeinen Staatslehre, die jetzt schon vom wissenschaftlichen Geiste getragen wird, kennt keine andere Methode als die, die von der praktischen Lehre für die richterliche Rechtsanwendung ausgebildet worden ist. Nach der heute herrschenden, auf dem europäischen Festlande im XVI. Jahrhundert entstandenen Auffassung des Richteramtes hat der Richter aus den ihm gegebenen allgemeinen Sätzen zu entnehmen, wie der einzelne Rechtsfall zu entscheiden ist. Die praktische Rechts-

lehre für den Gebrauch des Richters sollte dem Richter hier Rechtssätze in die Hand geben, die möglichst allgemein lauten, damit umsomehr Entscheidungen daraus abgeleitet werden können, sie sollte dem Richter zeigen, wie man die allgemeinen Sätze auf die konkreten Fälle anwendet: sie mußte daher abstrahierend sein und deduktiv. Abstrahierend und deduktiv ist aber mit Ausnahme der allgemeinen Staatslehre die ganze Jurisprudenz, als ob es für den menschlichen Geist keine höhere Errungenschaft gäbe, als blutleere Gebilde zu schaffen, die, je abstrakter sie sind, umsomehr jede Fühlung mit der Wirklichkeit verlieren. Sie setzt sich damit in einen schroffen Widerspruch zu aller echten Wissenschaft, bei der die induktive Methode vorherrscht, die durch Beobachten von Tatsachen, Sammeln von Erfahrungen unsere Einsicht in das Wesen der Dinge zu vertiefen sucht.

So kennt eigentlich die Jurisprudenz auch keinen wissenschaftlichen Begriff des Rechts. So wie der Eisenbautechniker, wenn er vom Eisen spricht, nicht den chemisch reinen Stoff damit meint, den der Chemiker oder der Mineraloge so bezeichnet, sondern das vielfach verunreinigte Eisen, das bei den Eisenbauten verwendet wird, so versteht auch der Jurist unter Recht nicht das, was in der menschlichen Gesellschaft als Recht lebt und wirkt, sondern, abgesehen von einigen Gebieten des öffentlichen Rechts, ausschließlich das, was für die richterliche Rechtspflege als Recht in Betracht kommt. Das gelegentliche Aufleuchten einer tieferen Einsicht, das immerhin vorkommt, sollte niemand beirren. Wenn der Eisenbautechniker einen wissenschaftlichen Anlauf nimmt, so wird er wohl unter Umständen die chemische Formel für das Gemenge angeben, das bei den Eisenbauten als Eisen verbraucht wird, aber im Verlaufe seiner praktischen Ausführungen wird er sich doch nur mit diesem Gemenge befassen, denn das Eisen im wissenschaftlichen Sinne ist für ihn ohne Interesse. Nicht auf die Begriffsbestimmungen kommt es an, die sich etwa in dem Eingangsabschnitte der Handbücher und in den Monographien finden, sondern auf den Rechtsbegriff, mit dem die Jurisprudenz tatsächlich arbeitet; denn die Begriffe sollen nicht ein äußerer Aufputz, sondern das Handwerkszeug des wissenschaftlichen Gedankenbaues sein.

Vom richterlichen Standpunkte aus ist das Recht eine Regel, nach der der Richter die Rechtsstreitigkeiten, die vor ihn gebracht werden, zu entscheiden hat. Nach der insbesondere in der deutschen Wissenschaft herrschenden Begriffsbestimmung wäre das Recht eine Regel des menschlichen Handelns. Die Regel des menschlichen Handelns und die Regel, nach der die Richter Rechtsstreitigkeiten entscheiden, das können zwei sehr verschiedene Dinge sein, denn die Menschen handeln doch gewiß nicht immer nach denselben Regeln, die bei Entscheidung ihrer Streitigkeiten angewendet werden. Als Regel des

menschlichen Handelns faßt das Recht zweifellos der Rechtshistoriker auf; er schildert die Regeln, nach denen im Altertum oder im Mittelalter die Ehen geschlossen wurden, Mann und Frau, Eltern und Kinder in der Familie lebten, ob Einzel- oder Gemeineigentum vorhanden war, ob der Boden vom Eigentümer, vom zinsenden Pächter oder vom frohnenden Hörigen bewirtschaftet wurde, wie man Verträge abschloß und das Gut vererbte. Dieselbe Erfahrung macht man wohl, wenn man einen Reisenden, der von einem fremden Lande herkommt, ersucht, das Recht der Völker zu beschreiben, die er kennen gelernt hat. Er wird dann erzählen, wie man dort heiratet, in der Familie lebt, Verträge abschließt, aber er wird kaum darauf zu sprechen kommen, wie die Regeln lauten, nach denen Rechtsstreitigkeiten entschieden werden.

Diesen Rechtsbegriff, den der Jurist ganz unwillkürlich annimmt, wenn er das Recht eines fremden Volkes oder entfernter Zeit mit rein wissenschaftlichem Interesse verfolgt, gibt er aber sofort auf, sobald er sich dem geltenden Recht seines Landes und seiner Zeit zuwendet. Ganz unbewußt, gewissermaßen unter der Hand, wird aus der Regel, nach der die Menschen handeln, eine Regel, nach der die Handlungen der Menschen von Gerichten und anderen Behörden beurteilt werden sollen. Das ist allerdings auch eine Regel des Handelns, aber doch nur für einen kleinen Bruchteil des Volkes, für die zur Rechtsanwendung berufenen Behörden, nicht, wie die frühere, für die breite Allgemeinheit. An Stelle der wissenschaftlichen Betrachtung ist eben die praktische, auf den richterlichen Beamten zugeschnittene getreten, und der Beamte will doch vor allem die Regel kennen lernen, nach der er selbst vorgehen soll. Die Juristen halten allerdings auch diese Regeln für Regeln des Handelns, aber dahinter steckt offenbar ein Gedankensprung. Sie meinen damit, die Regeln, nach denen die Gerichte entscheiden, seien die Regeln, nach denen die Menschen handeln s o l l e n; und dazu gesellt sich die dunkle Vorstellung, daß sich die Menschen mit der Zeit doch nach den Regeln einrichten werden, nach denen die Gerichte erkennen. Nun ist eine Regel des Handelns selbstverständlich eine Regel, nach der nicht nur in der Regel gehandelt wird, sondern auch gehandelt werden soll; aber es ist eine ganz unzulässige Annahme, daß über dieses Sollen ausschließlich oder auch nur überwiegend die Gerichte bestimmen: schon die tägliche Erfahrung lehrt das Gegenteil. Daß gerichtliche Entscheidungen auf das tatsächliche Handeln des Menschen von Einfluß sind, wird gewiß nicht bestritten, aber man müßte doch erst untersuchen, wie weit das zutrifft und von welchen Umständen es abhängt.

Jedes Blatt eines juristischen Werkes, jeder juristische Lehrvortrag bestätigt das, was soeben gesagt worden ist. Aus jedem Worte fast

geht es hervor, daß dem Juristen, der von einem Rechtsverhältnisse handelt, immer nur die Frage vorschwebt, wie die Streitigkeiten, die aus diesem Rechtsverhältnisse entstehen, zu entscheiden sind, nicht die davon ganz verschiedene Frage, wie sich die Menschen in diesem Rechtsverhältnisse benehmen und zu benehmen haben. Selbst ein Mann von der Größe eines Maitland konnte sagen, die Geschichte der englischen Aktionen schreiben, hieße die Geschichte des englischen Rechts schreiben. Einen geradezu naiven Ausdruck hat der juristische Gedankengang in der Lehre vom Rechtsirrtum gefunden. Eine Jurisprudenz, die das Recht als Regel des Handelns auffaßt, hätte unmöglich den Grundsatz vortragen können, das Recht binde die Menschen auch dann, wenn sie es gar nicht kennen; denn nach einer Regel, die man nicht kennt, kann man nicht handeln. Sie hätte vielmehr fragen müssen, was von dem Rechtsstoff als Regel des Handelns bekannt ist und beachtet wird, und höchstens noch, wie dafür zu sorgen wäre, daß es bekannt werde. In der Tat hat Binding schon vor Jahren so den ganzen Vorwurf gefaßt und den Lehrsatz aufgestellt, nur die Normen des Strafrechts, nicht das Strafgesetz, seien allgemein bekannt und leiten tatsächlich die menschlichen Handlungen. Nur Max Ernst Mayer ist ihm gefolgt, aber ohne das erforderliche Erfahrungsmaterial zu bereichern. Lehrt man aber, wie das gewöhnlich geschieht, das Recht gelte auch für den, der es nicht kennt, so läßt man offenbar den Begriff des Rechts als einer Regel des menschlicben Handelns vollständig fallen; man stellt bloß eine Regel für die Behörden auf, sie müßten das Recht anwenden, ohne Rücksicht, ob es dem Beteiligten bekannt war. Die Sache wird selbstverständlich dadurch nicht besser, daß man jedermann das Recht zu kennen verpflichtet, oder die Fiktion aufstellt. das gehörig kundgemachte Recht sei jedermann bekannt.

Durchaus im Banne derselben Gedanken steht auch die herrschende Auffassung vom Ursprung des Rechts. Von wo kommt die Rechtsregel her, wer haucht ihr Leben ein und die Kraft zu wirken? Es ist ungemein interessant, die Antworten zu betrachten, die auf diese Fragen gegeben werden, denn in ihnen spiegelt sich klar und unzweideutig die Tatsache, daß selbst eine vollständig richtige wissenschaftliche Erkenntnis den menschlichen Geist nicht zu leiten vermag, wenn ihn die Notwendigkeit, einem praktischen Bedürfnis zu dienen, auf einen anderen Weg weist. Kein wissenschaftlich gebildeter Jurist zweifelt gegenwärtig, hundert Jahre nach Savigny und Puchta, daran, daß ein großer Teil des Rechts in der Vergangenheit nicht vom Staate geschaffen worden ist, und daß es auch heute noch zu einem großen Teile aus anderen Quellen fließt. Das ist die Theorie. Und nun die Frage: Wo wird dieses außerstaatliche Recht erforscht? Wo wird

es dargestellt? Wo wird es gelehrt? Es ist gewiß nicht allzu gewagt, wenn hier behauptet wird, Forschung, Literatur und Unterricht kennen heutzutage auf dem europäischen Festlande kein anderes Recht, als das Gesetz.

Man beruhigt sein Gewissen allerdings damit, daß ja das Gewohnheitsrecht — mit diesem Schlagworte wird schon seit Jahrhunderten das ganze, nach Wesen und Ursprung ungemein verschiedenartige, außerstaatliche Recht in Bausch und Bogen bezeichnet — heutzutage „unbeträchtlich" sei. Dieser Ausspruch findet sich bereits bei Savigny und Puchta, wurde seither zahllose Male in verschiedener Form wiederholt, und auch die, die es nicht ausdrücklich sagen, halten daran fest. Wer so denkt, hat schon damit verzichtet, das Recht als eine Regel des allgemeinen menschlichen Handelns aufzufassen, er hat bereits klar bewiesen, daß das Recht ihm, wenigstens ganz überwiegend, eine Regel für das Handeln der Gerichte und anderer Behörden ist; denn selbst die Anhänger der Staatsallmacht sind gewiß nicht allzu oft ernstlich auf den Gedanken verfallen, der Staat könnte Regeln für das ganze menschliche Handeln aufstellen; die einzige Ausnahme innerhalb der europäischen Gesittung war vielleicht Kaiser Josef II., der auch daran gescheitert ist. Daher hat das Verhältnis der Jurisprudenz zum außerstaatlichen Recht, ganz unabhängig von der wissenschaftlichen Überzeugung, mit der Stellung des Staates zu den Gerichten gewechselt; und wenn sie heute ausschließlich dem staatlichen Rechte ergeben ist, so liegt das eben daran, daß der Staat im Laufe der geschichtlichen Entwicklung zum Monopol der Rechtspflege, das er sich schon längst zu verschaffen wußte, auch das Monopol der Rechtserzeugung an sich reißen zu können glaubt. Und so zweifle ich auch daran nicht, daß in der modernen freirechtlichen Bewegung nicht nur ein Fortschritt in der wissenschaftlichen Erkenntnis, sondern auch eine tatsächliche Verschiebung im Verhältnisse von Staat und Gesellschaft zutage tritt, die sich auf anderen Gebieten schon längst Geltung verschafft hat.

Wo, wie fast überall bis in eine sehr späte Entwicklungsstufe, wie etwa im republikanischen Rom oder im deutschen Mittelalter, der Richter im wesentlichen nach Herkommen entscheidet, fällt es selbstverständlich niemand ein, das Recht als solches auf den Staat zurückzuführen. Noch bei den Römern der letzten republikanischen Zeit ist das römische nationale Gewohnheitsrecht, das ius civile, eine den leges mindestens gleichwertige Rechtsquelle, und die mittelalterlichen deutschen Rechtsbücher erwähnen gesetzliche oder statutarische Bestimmungen nur ganz ausnahmsweise. Das corpus iuris civilis oder corpus iuris canonici, ja sogar die Goldene Bulle sind im Mittelalter nur sehr hohe Autoritäten, auf die man in schwierigen und wichtigen

Fragen greift, wie auf andere Autoritäten auch: die Bibel oder die Schriftsteller des Altertums, — denn im Mittelalter wird auf allen Gebieten vorwiegend mit Autoritäten gearbeitet, im Rechte nicht mehr als in der Theologie, Philosophie, Medizin. Erst wo der Staat sehr erstarkt ist und der absolutistischen Regierungsform zustrebt, beginnt der Gedanke zu keimen und erwacht der Trieb, ihn zur maßgebenden und mit der Zeit auch noch zur alleinigen Quelle des Rechts zu machen; im Rom der Kaiserzeit und im europäischen Westen im XVI. Jahrhundert. Man sucht die außerstaatliche Rechtsbildung an eine staatliche Ermächtigung zu binden, so besonders in Rom schon in der ersten Kaiserzeit durch das ius respondendi, das vom Kaiser an die zur Rechtsbildung berufenen Juristen erteilt wird, man schränkt sie auf die gesetzlich noch nicht geregelten Fragen ein, nimmt in die Gesetze sehr strenge Vorschriften für die Gültigkeit des Gewohnheitsrechts auf, sucht es durch Kodifikationen, die das ganze Recht umfassen sollen, überflüssig zu machen, zuweilen sogar ausdrücklich auszuschließen. Selbst die wissenschaftliche Behandlung des Rechts durch die Juristen wird mit scheelen Augen angesehen, hie und da geradezu verboten, im richtigen Gefühl, daß auch aus ihr ein außerstaatliches Recht, das Juristenrecht, hervorgeht. Das letzte Wort dieser Strömung hat vielleicht Justinian ausgesprochen: tam *conditor* quam *interpres* legum solus imperator iuste existimabitur, nihil hac lege derogante veteris iuris conditoribus, *quia et eis hoc maiestas imperialis permisit.*

Dieser Entwicklung des staatlichen Rechts folgt unentwegt die Jurisprudenz, und die Fortschritte der wissenschaftlichen Erkenntnis beirren sie dabei nur sehr wenig. Nach einer kurzen Verbeugung vor den Lehren der Wissenschaft kehrt sie sofort zurück zu dem, was sie für ihre eigentliche Aufgabe betrachtet, der Rechtspflege das zu bieten, was sie haben will. Der entscheidende Schritt war schon getan in dem Augenblicke, wo vom Richter nicht mehr verlangt wurde, daß er außerstaatliches ebenso wie staatliches Recht kenne, wo man von ihm nur die Kenntnis des staatlichen Rechts voraussetzte, während ihm außerstaatliches Recht von den Parteien in jedem einzelnen Falle erst bewiesen werden mußte. Von nun an ist nur das staatliche Recht ein vollwertiges Recht, jedes andere ist bloß eine „Tatsache“. Dazu gelangt die Jurisprudenz mit der Entstehung des gelehrten staatlichen Richteramtes, also in Deutschland schon im XVI. Jahrhundert. Die Lehre, die sich immer mehr befestigt, geht dahin, das Gewohnheitsrecht, das jetzt das ganze außerstaatliche Recht mit Ausnahme des wissenschaftlichen bedeutet, sei eine untergeordnete Art von Recht; es hängt in seiner Entstehung und in seiner Geltung von einer Ermächtigung oder Erkenntnis oder Bestätigung des Gesetzgebers ab,

der es selbstverständlich auch ganz verbieten könnte; es wird mißachtet, zuweilen sogar verhöhnt, der Beweis erschwert, die Bedingungen seiner Anerkennung immer strenger gehandhabt. Immer seltener werden die Arbeiten, die sich der Erforschung oder Darstellung des außerstaatlichen Rechts widmen, bis sie schließlich im XVIII. Jahrhundert fast ganz versiegen. Der Unterricht kennt das „Gewohnheitsrecht“ fast nur noch dem Namen nach. Das ist der Zustand am Anfang des XIX. Jahrhunderts. Die Jurisprudenz hält es eben nicht für ihre Sache, was Recht ist, festzustellen, sondern nur, dem vom Staate bestellten und beauftragten Richter das als Recht zu weisen, was er nach dem Willen seines Auftraggebers als Recht anzuwenden hat.

Es hat nie eine Zeit gegeben, wo das vom Staate als Gesetz verkündete Recht das einzige Recht gewesen wäre, auch nicht für die Gerichte und andere Behörden, und es war daher immer eine Unterströmung vorhanden, die dem außerstaatlichen Rechte eine entsprechende Stellung zu verschaffen suchte. In der festländischen Rechtswissenschaft ist sie zweimal mächtig zum Durchbruch gelangt; bei den Naturrechtslehrern des XVII. und XVIII. Jahrhunderts und bei den Begründern der historischen Schule, bei Savigny und Puchta. Wie sehr die Naturrechtslehrer die Vorläufer der historischen Auffassung des Rechts, wie sehr die Bahnbrecher der historischen Rechtsauffassung die Vollender der naturrechtlichen Bestrebungen waren, das wurde leider nur selten bemerkt, kaum irgendwo gehörig beobachtet. Beiden ist es gemeinsam, daß sie nicht blindlings das als Recht hinnehmen, was der Staat ihnen als Recht bezeichnet, daß sie das Wesen des Rechts wissenschaftlich zu ergründen suchen. Beide gelangen dazu, den Ursprung des Rechts außerhalb des Staats zu verlegen: die einen in die menschliche Natur, die anderen in das Rechtsbewußtsein des Volkes.

Beide haben ihre Gedanken nicht zu Ende gedacht. Sie wurden daran jedenfalls gehindert, durch die die ganze Jurisprudenz bis auf unsere Zeit beherrschende Vorstellung, Recht sei nur das, was der Richter bei der Rechtsprechung als Recht anwendet. Trotz ihres Radikalismus wagten die Naturrechtslehrer, zumal außerhalb Frankreichs, wo die Verhältnisse teilweise anders lagen, nicht, wenigstens nicht mit Entschiedenheit, zu behaupten, daß der Richter auf eine andere Rechtsregel verpflichtet werden könnte, als die vom Staate zum mindesten stillschweigend gebilligte. So hängt das Naturrecht eigentlich ganz in der Luft. Recht ist nur, was für den Richter gilt, das Naturrecht gilt aber für den Richter nicht. Damit schlägt die naturrechtliche Lehre vollständig um. Die Kämpfer für ein Naturrecht als ein in der menschlichen Natur begründetes außerstaatliches

Recht, brechen schließlich in den Ruf nach einer staatlichen Gesetzgebung aus, die das Naturrecht verwirklichte.

Savigny und Puchta dürften vielleicht die ersten Männer gewesen sein, die den Gedanken einer bloß der Erkenntnis dienenden Rechtswissenschaft, wenigstens ahnungsweise, gefaßt haben. Ihr ganzes Lebenswerk zeugt von einer vielleicht unbewußten, gewiß nie ausdrücklich eingestandenen, aber deutlich ausgeprägten Geringschätzung jeder auf praktische Zwecke gerichteten Rechtslehre. Auch in ihren Arbeiten, die sie dem gemeinen, also dem geltenden Recht ihrer Zeit, widmeten, suchten sie doch vor allem im gemeinen Recht das wissenschaftlich zu erfassen, was das Wesen eines jeden Rechts ausmacht, im gemeinen Rechte nicht ein Recht, sondern das Recht zu ergründen. Ihrer Zeit weit vorauseilend, lenkten sie ihren Blick, ab von der winzigen Figur des persönlichen Gesetzgebers, auf die großen elementaren Kräfte, die bei der Rechtsbildung am Werke sind. Diese Naturkräfte brechen sich nach dem ihrer Lehre zugrunde liegenden Gedanken im Gewohnheitsrecht durch, das ihnen allerdings weit mehr ein Symbol für all das, was am Rechte übermenschlich ist, als eine klar erschaute Vorstellung war. Und doch war auch für sie die Aufgabe zu groß, eine Wissenschaft vom Rechte zu schaffen; sie haben sie angegangen, aber nicht zu bewältigen vermocht.

Die Begründer der historischen Schule haben nie versucht, die methodologischen Grundsätze, die sie lehrten, in ihren dogmatischen Arbeiten auch zu betätigen. Ihr Interesse für das außerstaatliche Recht führte sie wohl dazu, daß sie bestrebt waren, sich über den Begriff des Gewohnheitsrechts klar zu werden; sie haben sich aber nie die Mühe genommen, das Gewohnheitsrecht Deutschlands zu erforschen; sie haben es nie versucht, die zu ihrer Zeit gerade so wie heute höchst unvollkommenen Methoden zur Feststellung des Gewohnheitsrechts auszubilden, sie haben die gewiß sehr mangelhaften, aber immerhin beachtenswerten Vorschläge Beselers abgelehnt, sie haben auch keinen einzigen Fall eines lebenden Gewohnheitsrechts behandelt, der nicht schon bereits in der Literatur bekannt gewesen wäre. Sie verlangen zwar, daß sich das Recht im Rechtsbewußtsein des Volkes entwickle, aber sie können, abgesehen von der vielgeschmähten Gesetzgebung, keinen Weg zeigen, wie neues Recht in das bereits festgesetzte eindringt; sie sprechen sich nirgends darüber aus, wie die Rechtswissenschaft neues Recht erkennt und aufnimmt, wenn es ihr nicht vom Gesetzgeber fertig geliefert wird. Der Rechtsstoff, mit dem sie sich abgeben, ist bereits ganz in der gemeinrechtlichen Jurisprudenz des XVIII. Jahrhunderts enthalten. Sie ordnen ihn viel sorgfältiger, beobachten manchmal feiner, manchmal auch nur spitzfindiger, die schon von den Vorgängern behandelten Tatbestände, messen ihn an einem historisch,

häufig auch dogmatisch überprüften Quelleninhalt, sie berichtigen oft mit bewunderungswürdigem Scharfsinn die hergebrachten Begriffsbestimmungen, aber sie machen keinen Versuch, ihn zu bereichern oder neue Methoden einzuführen.

Sie haben nur wenig Fortsetzer und gar keine Nachfolger gefunden. Beseler hatte allerdings, einer großartigen Eingebung folgend, den Versuch gemacht, dort frisch anzuspinnen, wo der Faden abgeschnitten war; da er zwar vieles richtig gesehen, aber nur wenig zu Ende gedacht und jedenfalls nicht klar zum Ausdrucke gebracht hat, so war es einer übelwollenden Kritik ein Leichtes, das allgemeine Urteil über seine Leistung irrezuführen. Nur einige Germanisten und Kirchenrechtslehrer wirken als Dogmatiker wirklich im Geiste der historischen Schule: die ersten beschränken sich jedoch zumeist darauf, den Resten alter deutscher Rechtseinrichtungen nachzuspüren, die in die deutsche partikuläre Gesetzgebung eingegangen sind, mit dem sogenannten gemeinen deutschen Privatrecht, die letzten fassen nur ein einziges kleines Gebiet ins Auge.

Gerade in der entscheidenden Frage des Gewohnheitsrechts ist eher ein Rückschritt als ein Fortschritt nachzuweisen. Die Epigonen der historischen Schule gehen als historische Dogmatiker an der Lehre Savignys und Puchtas vom Gewohnheitsrecht, wohl einer der Großtaten des menschlichen Geistes, ziemlich verständnislos vorbei, sie knüpfen über Savigny und Puchta hinweg an die gemeinrechtliche Jurisprudenz des XVIII. Jahrhunderts an. Das Gewohnheitsrecht ist ihnen nicht mehr eine die Rechtsbildung beherrschende Macht, deren Gesetze die Wissenschaft zu erforschen hat. Es handelt sich wieder nur darum, unter welchen Bedingungen nach Absicht des Gesetzgebers, die durch Auslegung der Vorschriften des corpus iuris civilis und canonici oder eines modernen Gesetzes zu ermitteln ist, das Gewohnheitsrecht für den Richter verbindlich ist. Es ist also noch immer eine Jurisprudenz, die nur danach fragt, was der Richter zu tun habe. Dabei ist für das außerstaatliche Recht gar kein Interesse vorhanden. Die Lehre vom Gewohnheitsrecht wird in einigen einleitenden Paragraphen der Lehr- und Handbücher abgetan, einige kleinere Arbeiten behandeln die sattsam bekannten Streitfragen. Von einer systematischen Erforschung ist keine Rede. Man kennt nicht einmal eine Methode dafür; die wenigen Gelehrten, die einzelne Fälle des Gewohnheitsrechts untersuchten (Bruns, Fitting), hielten sich ausschließlich an geschriebene Quellen, zumal an Literatur, gehen also so ziemlich in derselben Art vor, wie wenn es sich um ein Gesetz handelte. Unter der Überschrift: Die Auslegung der Rechtsregeln ist in Wirklichkeit nur von der Auslegung der Gesetze die Rede. Daß einige (Windscheid, Bähr) bei der Darstellung des geltenden

Rechts die Rechtsprechung heranziehen, gilt schon als bahnbrechende Neuerung.

So ist die Jurisprudenz, trotz Savigny und Puchta, das geblieben, was sie seit der Entstehung des staatlichen Richteramts gewesen ist: eine Lehre von der Anwendung des staatlichen Rechts. So ziemlich die ganze moderne juristische Literatur und der ganze moderne juristische Unterricht, wenigstens auf privatrechtlichem Gebiete, will gar nichts anderes geben als den Inhalt des Gesetzes, möglichst klar, möglichst treu, möglichst vollständig, bis zu seinen feinsten Verästlungen, bis zu seinen entferntesten Anwendungsfällen. Eine solche Literatur und ein solcher Unterricht kann aber kaum noch als wissenschaftlich bezeichnet werden: sie sind eigentlich nur eine besonders eindringliche Form der Publikation der Gesetze. Ihre letzte Folgerung zieht diese Richtung in der Lehre von der Geschlossenheit und Lückenlosigkeit des Rechtssystems. Damit überschlägt sich die historische Schule gerade so, wie die Naturrechtslehre mit ihrem Ruf nach einer staatlichen Gesetzgebung. In dieser Auffassung des Rechts, die zuerst von Brinz in Worten ausgesprochen, die aber schon viel früher von ihren Vertretern betätigt worden ist, vollendet sich ihr Schicksal gleichlaufend mit dem des Naturrechts so gründlich, daß man fast versucht wäre, darin das Walten einer höheren Gerechtigkeit zu erblicken. Es klafft geradezu ein Abgrund zwischen der ganzen juristischen Weltanschauung der beiden großen Überwinder des Naturrechts, die die historische Schule begründet haben, und dem Lehrsatz, im geltenden Rechte gibt es eine Antwort auf jede Rechtsfrage, die da auftaucht, man muß sie nur zu suchen wissen. Und in diesem Lehrsatze — denn mehr als ein praktisch bedeutungsloser Lehrsatz ist es nicht — tritt es auch sinnfällig zutage, wie die ganze Jurisprudenz nichts mehr sein will, als ein System der Entscheidungsnormen für den Richter; denn es hat doch gewiß noch nie jemand den unsinnigen Gedanken gehabt, das ganze Recht sei ein vollständiges System von Regeln, die alles menschliche Handeln in allen möglichen Verhältnissen im Vorhinein bestimmen. Schon Jellinek hat es bemerkt, das Dogma von der logischen Geschlossenheit des Rechtssystems gelte nicht für das öffentliche Recht, „sondern nur für jene Teile der Rechtsordnung, in denen dem Richter die letzte Entscheidung des Einzelfalles zusteht“. Zum Beweise führt Jellinek eine große Zahl öffentlichrechtlicher Fragen an, für die sich im geltenden öffentlichen Rechte gar keine Lösung findet. Aber die Sache wäre nicht anders, wenn die letzte Entscheidung einem Richter zustünde, was bei jedem der von Jellinek angeführten Einzelfälle möglich wäre; der Richter hätte dann allerdings eine Lösung finden müssen, aber doch gewiß nicht auf grund des logisch geschlossenen Rechtssystems, denn darin

ist sie nicht enthalten. Das, was Jellinek für eine Eigentümlichkeit des öffentlichen Rechts hält, gilt also in Wirklichkeit von jedem anderen Rechtsgebiete, und der Grundsatz der logischen Geschlossenheit des Rechtssystems bedeutet nicht eine wissenschaftlich festgestellte Tatsache, sondern bloß das praktische Bestreben, den Richter für alle vorkommenden Fälle mit einem genügenden Vorrat an Entscheidungsnormen zu versehen und ihn daran nach Möglichkeit zu binden.

Und so wird endlich die gegenwärtig noch immer herrschende Ansicht erst verständlich, das Recht sei eine Zwangsordnung, es sei dem Rechte wesentlich, daß es erzwingbare Ansprüche gewähre und erzwingbare Pflichten auferlege. Zunächst gilt es, sich darüber klar zu werden, was man unter Zwang versteht. Jede Art psychologischen Zwanges kann damit nicht gemeint sein, der Mensch handelt doch regelmäßig unter irgendeinem psychologischen Zwange, auch ganz außerhalb des Rechtsgebiets. Es kann damit nur die Art des Zwanges verstanden sein, die als dem Rechte eigentümlich behandelt wird, also nur der psychologische Zwang durch angedrohte Strafe und angedrohte Zwangsvollstreckung. Daß diese beiden Arten des Zwanges als Wesensmerkmale des Rechts betrachtet werden, erklärt sich aber wieder nur daraus, daß man als Recht immer nur die vom Richter anzuwendende Regel ins Auge faßt. Wenn ein Rechtsfall vor den Richter gebracht wird, so geschieht es allerdings mit seltenen Ausnahmen zu dem Zwecke, um durch den Richter eine Strafe verhängen zu lassen, oder um einen Anspruch, nachdem er vom Richter als zu Recht bestehend anerkannt worden ist, allenfalls zwangsweise durchzusetzen, — und mit seltenen Ausnahmen ist ein Richterspruch in unserer Zeit auch in der Tat vollstreckbar. Richterliches Recht und zwangsweise vollstreckbares Recht fallen heute so ziemlich zusammen. Für den aber, der im Rechte vor allem eine Regel des Handelns erblickt, tritt sowohl der Strafzwang als auch der Vollstreckungszwang notwendig zurück. Für ihn spielt sich das menschliche Leben nicht vor den Gerichten ab. Schon der Augenschein lehrt ihn, daß jeder Mensch in unzähligen Rechtsverhältnissen steht, und daß er mit sehr wenigen Ausnahmen ganz freiwillig das tut, was ihm in diesen Verhältnissen obliegt; er erfüllt seine Pflichten als Vater und Sohn, als Gatte oder Gattin, er stört seine Nachbarn nicht im Genusse ihres Eigentums, er zahlt seine Schulden, liefert, was er verkauft hat, leistet das, wozu er sich seinem Arbeitgeber gegenüber verpflichtete. Der Jurist hat allerdings die Einwendung bereit, sie alle tun ihre Pflicht nur, weil sie wissen, daß sie dazu allenfalls durch die Gerichte gezwungen werden könnten. Wollte er sich der ihm allerdings ungewohnten Mühe unterziehen, die Menschen in ihrem Tun und Lassen zu be-

obachten, er würde sich leicht überzeugen, daß sie an einen Gerichtszwang meist gar nicht denken. Sofern sie nicht einfach triebartig handeln, was allerdings in der Regel der Fall ist, geben ganz andere Beweggründe den Ausschlag: sie könnten sonst mit den Angehörigen zerfallen, ihren Posten verlieren, die Kundschaft einbüßen, in den Ruf eines zanksüchtigen, unehrlichen, leichtfertigen Menschen kommen. Aber wenigstens das hätte auch dem Juristen nicht entgehen sollen, daß das, was die Menschen in diesem Sinne als Rechtspflicht tun und lassen, oft etwas ganz anderes, zuweilen sogar weit mehr ist als das, wozu sie behördlich gezwungen werden könnten. Die Regel des Handelns ist nicht selten ganz von der Zwangsnorm verschieden.

Es wurde schon längst bemerkt, daß es in einem großen Teil des Staatsrechts und Verwaltungsrechts überhaupt keinen Zwang in diesem Sinne gibt. Wenn man demgegenüber auf den Zwang hinweist, der in der Ministerverantwortlichkeit, in der parlamentarischen oder disziplinären Verantwortlichkeit der Beamten liegt, so müßte man vor allem dartun, ob dieser „Zwang“ noch als dasselbe gelten kann, wie der Vollstreckungszwang; die beiden Dinge scheinen doch ziemlich weitab voneinander zu liegen. Dabei mag die psychologische Frage, ob eine so stumpfe Waffe, wie es die Ministeranklage fast immer, die parlamentarische und disziplinäre Verantwortlichkeit in vielen Fällen ist, als Zwangsmittel bezeichnet werden kann, hier außer Betracht bleiben. Aber auch dieses Auskunftsmittel versagt beim Völkerrechte, beim Kirchenrechte, beim Staatsrechte und einem guten Stück des Verwaltungsrechts des absoluten und des nichtparlamentarischen Verfassungsstaats, vor allem fast bei allen Vorschriften, die die Zuständigkeit und den Geschäftsgang der parlamentarischen Vertretungskörper regeln. Es wurde schon oft bemerkt, daß fast jeder Verfassungsbruch ohne Verantwortung begangen werden kann, wenn Parlamentsmehrheit und die Präsidenten der Vertretungskörper übereinstimmen. Gewiß bleibt dann noch der „Zwang der öffentlichen Meinung“, die „allgemeine Entrüstung oder Auflehnung“, schließlich der Wink mit der Revolution. Kann aber diese Art der rechtlich nicht vorgeschriebenen und rechtlich nicht geordneten Zwangsdrohung noch als Wesensmerkmal des Rechts gelten? Es gibt keine gesellschaftlichen Normen, sie mögen der Sittlichkeit, der Sitte, der Ehre, dem Takte, dem guten Ton, der Mode angehören, die diese Art des Zwanges, wenn sie übertreten werden, nicht auslösen könnten, und er ist bei einigen der erwähnten außerrechtlichen Normen oft stärker als beim Recht, zuweilen sogar so stark, daß er selbst die Wirkung des rechtlichen Vollstreckungszwanges überwindet. So mancher bezahlt seine Spielschulden, der seinem Schneider schuldig bleibt, und

stellt sich zum Zweikampf, das strafgesetzliche Verbot verhöhnend, aber dem gesellschaftlichen Zwange blind gehorchend.

All das wurde bereits oft genug gesagt, und es ist wohl überflüssig, darauf nochmals zurückzukommen. Deswegen soll nur ein bisher vernachlässigter Punkt hervorgehoben werden: wie oft es im Privatrechte wenigstens an einem wirksamen Rechtszwang fehlt. Das ist insbesondere bei allen strenge an die Zeit gebundenen rein persönlichen Ansprüchen aus dauernden Rechtsverhältnissen der Fall. Viele Vorschriften, die die Rechte und Pflichten der Familiengenossen und der Gesellschafter gegeneinander, die Pflichten der Organe einer Körperschaft, des Vorstandes, der Mitglieder oder der Mitgliederversammlung bestimmen, schaffen schon aus dem Grunde keine erzwingbare Rechtslage, weil sie, wie die Juristen sich ausdrücken, kein subjektives Recht gewähren: es gibt nämlich kein Rechtsmittel, um sie durchzusetzen. Aber in vielen Fällen dieser Art fehlt auch jede Möglichkeit, selbst ein vorhandenes Rechtsmittel zu verwerten. Wird ein Mitglied den Vereinsvorstand klagen, weil er ihm das Lesezimmer nicht zur Verfügung gestellt, der Dienstgeber das Stubenmädchen, weil es die Wohnung nicht aufgeräumt hat? Was könnte ihm eine solche Klage nützen? Der Schadenersatzanspruch gewährt auch keinen Schutz; so viel auch einem an seinem Rechte im gegebenen Augenblicke gelegen sein mag, nachträglich wird er doch keinen Schaden nachweisen können, der der Rede wert wäre. Erst wenn der Verpflichtete durch ein derartiges Vorgehen das Verhältnis zu einem unhaltbaren gemacht hat, wird dem Berechtigten in wirksamer Weise das Rechtsmittel gewährt, die Auflösung und Schadenersatz zu verlangen; ein Rechtszwang gegen den anderen Teil, seine Pflichten zu erfüllen, liegt darin umsoweniger, als er ja sehr häufig gerade die Lösung des Verhältnisses gegen Schadenersatz herbeizuführen durch sein rechts- und vertragswidriges Verhalten beabsichtigt. Die Ordnung in der menschlichen Gesellschaft beruht darauf, daß Rechtspflichten im allgemeinen erfüllt werden, nicht darauf, daß sie klagbar sind.

Aus dem von der hergebrachten Jurisprudenz in der Sache, wenn auch nicht immer in der Form stets zähe festgehaltenen Begriff des Rechts als einer staatlichen Zwangsordnung, sind also jedenfalls drei Merkmale auszuscheiden. Es ist dem Rechte weder begriffswesentlich, daß es vom Staate ausgehe, noch auch, daß es die Grundlage für die Entscheidungen der Gerichte oder anderer Behörden, oder für den darauffolgenden Rechtszwang abgebe. Es bleibt aber ein viertes Merkmal des Begriffes, und von dem wird man wohl ausgehen müssen: das Recht ist eine Ordnung. Es ist das unvergängliche Verdienst Gierkes, diese Natur des Rechts bei den Gebilden, die er als Genossenschaften bezeichnet, zu denen er auch den Staat zählt, erkannt und in einer

ins Einzelne gehenden Untersuchung dargelegt zu haben. Nach den Ergebnissen seiner Arbeiten darf es wohl als feststehend betrachtet werden: soweit der Genossenschaftsbegriff reicht, ist das Recht eine Organisation, das ist eine Regel, die jedem Angehörigen der Genossenschaft seine Stellung, seine Über- und Unterordnung in der Gemeinschaft und seine Aufgaben anweist; und ganz unmöglich ist es jetzt anzunehmen, das Recht sei in diesen Gemeinschaften hauptsächlich dazu da, damit danach etwa Streitigkeiten aus dem Gemeinschaftsverhältnisse entschieden werden. Die Rechtsnorm, nach der Rechtsstreitigkeiten entschieden werden, die Entscheidungsnorm, ist nur eine Abart der Rechtsnorm mit beschränkten Aufgaben und Zwecken [1].

Gierkes Lehre ist nur insoferne einseitig, als sie bloß für das Genossenschaftsrecht das vorträgt, was für das ganze Rechtsgebiet gilt. Aus seinem eignen Werke geht hervor, daß das Genossenschaftsrecht nicht bloß Menschen, sondern auch Sachen organisiert; es handelt sich nicht bloß darum, was die Genossen tun oder lassen, sondern wie das Genossenschaftsvermögen ihnen dabei dienen soll. Es wurde schon längst bemerkt, Gierke fasse seinen Genossenschaftsbegriff so weit, daß er fast das ganze deutsche Recht unter diesen Gesichtspunkt bringe. Darin liegt aber auch in der Tat der Keim zu einer richtigen und großen Erkenntnis. Wie wir die geordnete Gemeinschaft, weit über die von Gierke gesteckten Grenzen hinaus, überall finden, wo wir ihren Spuren folgen, so bemerken wir überall auch das Recht, als den Ordner und den Träger jedes menschlichen Verbandes. —

Unter Gesellschaftswissenschaften begreift man gegenwärtig jede Art der Wissenschaft von der menschlichen Gesellschaft, sie mag theoretisch oder bloß praktisch sein, also nicht bloß die theoretische, sondern auch die praktische Volkswirtschaftlehre (die sogenannte Nationalökonomie), die Statistik, die Politik. Für die Gesamtheit der

[1] Es wurde mir vorgehalten (Battaglini, Le norme del diritto penale, Rom, ohne Jahr), daß der Gegensatz zwischen den Rechtsnormen, die Organisationsformen sind, und den Entscheidungsnormen mit dem von Max Ernst Mayer zuerst aufgestellten Gegensatze von Rechtsnormen und Kulturnormen zusammenfalle. Ich bemerke da vor allem, daß ich vom Gegensatze der Organisationsformen und Entscheidungsnormen zuerst in meinem Vortrage Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft gesprochen habe, den ich in der Wiener Juristischen Gesellschaft am 4. März 1903 gehalten habe. Der Vortrag ist im Jahre 1903 im Drucke erschienen, die Vorrede ist vom Juni 1903 gegeben: es finden sich in dieser Ausgabe die betreffenden Ausführungen auf Seite 9. Die Schrift von Max Ernst Mayer ist im Jahre 1903 veröffentlicht worden, die Vorrede trägt die Zeitangabe vom 8. August 1903. Von einer Entlehnung kann daher weder bei Mayer noch bei mir die Rede sein. Daß meine Lehre, obwohl sie vielfach zu ähnlichen Ergebnissen gelangt, von einer ganz verschiedenen Auffassung ausgeht, und ganz anderswohin zielt als die Mayersche, hätte dem aufmerksamen Beurteiler nicht entgehen sollen.

theoretischen Gesellschaftswissenschaften ist seit etwa einem Jahrhundert, durch den französischen Philosophen Auguste Comte, die Bezeichnung Soziologie aufgekommen. Es fehlt zwar nicht an Versuchen, der Soziologie einen besondern Inhalt zu geben, sie zu einer eigenen Wissenschaft zu machen, die in einer Zusammenfassung des Inhalts aller theoretischen Gesellschaftswissenschaften, zu einer Einheit, gewissermaßen in einem einheitlichen „allgemeinen Teil“ der Gesellschaftswissenschaften bestehen würde. Eine solche Wissenschaft mag an sich berechtigt sein; es empfiehlt sich aber nicht, sie Soziologie zu nennen, denn dann würde man einen andern Namen für die Gesamtheit der theoretischen Gesellschaftswissenschaften finden müssen. Unter Jurisprudenz wurde bisher stets sowohl die theoretische als auch die praktische Lehre vom Rechte verstanden, und diese eingebürgerte Ausdrucksweise wird man wohl beibehalten, aber es wird auch notwendig sein, der eigentlichen Theorie des Rechts, der Rechtswissenschaft, die praktische Jurisprudenz, und wo kein Mißverständnis zu befürchten ist, die Jurisprudenz schlechthin, entgegenzusetzen. Da das Recht eine gesellschaftliche Erscheinung ist, so gehört jede Art der Jurisprudenz den Gesellschaftswissenschaften an, aber die eigentliche Rechtswissenschaft ist ein Teil der theoretischen Gesellschaftswissenschaft, der Soziologie. Die Soziologie des Rechts ist die wissenschaftliche Lehre vom Rechte.

II.

Die innere Ordnung der gesellschaftlichen Verbände.

Den selbstverständlichen Ausgangspunkt jeder gesellschaftswissenschaftlichen Betrachtung bildet der Begriff der menschlichen Gesellschaft. Die Gesellschaft, das ist die Gesamtheit der menschlichen Verbände, die miteinander in Fühlung stehen. Und diese Verbände, die die Gesellschaft bilden, sind sehr verschiedener Art. Staat, Volk, die völkerrechtliche Staatengemeinschaft, die weit über Staat und Volk hinausgreifende politische, wirtschaftliche, geistige und gesellige Gemeinschaft der gesitteten Völker der Erde, die Religionsgemeinschaften und die einzelnen Kirchen, Sekten und religiösen Richtungen, die Körperschaften, Klassen, Stände, politischen Parteien im Staate, die Familien im engsten und weitesten Sinne, die gesellschaftlichen Klüngel und Cliquen, diese ganze Welt verschlungener Ringe und sich kreuzender Kreise setzt soweit eine Gesellschaft zusammen, als eine Wechselwirkung zwischen ihnen überhaupt wahrnehmbar ist. So gibt es vor allem eine Gesellschaft der gesitteten Völker der Erde, und in ihr verschiedene engere Gesellschaften, etwa der christlichen und der mohammedanischen Völker, endlich Gesellschaften, die bloß die einzelnen gesitteten Völker umfassen. Außerhalb der Gesellschaft in diesem Sinne stehen die Völker, die ihrer Einwirkung schlechthin entzogen sind, wie die wilden die barbarischen Völker der Erde, und bis vor kurzem auch die Japaner und Chinesen, die aber für sich, in ihrer Absonderung, eine eigne Gesellschaft gebildet haben.

Aus den verschiedenen Arten der Menschengruppen muß vor allem eine Art des organisierten Verbandes herausgehoben werden, der in der Folge als der urwüchsige (genetische) Verband bezeichnet werden soll. Wir begegnen ihm schon in der Urzeit in verschiedenen Gestalten, als Sippe (Geschlecht, gens, clan), Familie, Hausgenossenschaft. Sippe und Familie sind seine ursprünglichen Formen. Es muß heute noch dahingestellt bleiben, welche von ihnen als die eigentliche Urform zu betrachten ist, ob die Sippe nichts anderes ist als eine ausgewachsene, großgewordene Familie, oder die Familie erst viel

später als die Sippe, innerhalb der Sippe, entstanden ist. Von dem Augenblicke an, da sich die Menschen zu Verbänden vergesellschaften, wird selbstverständlich die größre Vergesellschaftungsfähigkeit des Menschen für ihn zu einer Waffe im Kampfe ums Dasein. Sie bewirkt das allmählige Ausschalten und den Untergang derer, bei denen Eigensucht und Raubtiertriebe überwiegen, und das Überleben der Vergesellschaftungsfähigen, die jetzt deswegen die Stärkeren sind, weil ihnen auch die Kraft ihres ganzen Verbandes zugute kommt. So führt natürliche Auslese und Vererbung zu einem immer vergesellschaftungsfähigeren Menschengeschlecht. Dieses Gefühl der Zusammengehörigkeit, in der Ahnung, daß man aufeinander angewiesen ist, wurzelnd, erzeugt die Sippe, und durch das Bewußtsein gemeinsamer Abstammung verstärkt, die (blutsverwandte, kognatische) Familie. Bei Viehzüchtern und Ackerbauern, bei denen die gemeinsame Arbeit zu einem Zusammenwohnen führt, entwickelt sich aus der Familie die Hausgenossenschaft, gewöhnlich ebenfalls Familie genannt. Durch den Zusammenschluß urwüchsiger Verbände, Sippen, Familien, Hausgenossenschaften, entsteht der Stamm und in der Folge das Volk.

Auf tieferen Entwicklungsstufen beruht die gesellschaftliche Ordnung der Menschheit ausschließlich auf den urwüchsigen Verbänden und ihren Vereinigungen zu Stamm und Volk. Diese Verbände erfüllen daher auch eine Menge von Aufgaben. Sippe, Haus, Familie sind wirtschaftlicher, religiöser, militärischer und Rechtsverband, Gemeinschaft in Sprache, Sitte und Geselligkeit. Aber in vorgeschrittenen Gesellschaften lösen sich diese Aufgaben allmählich von dem urwüchsigen Verbande ab, es entstehen Gruppen anderer Art, die neben neuen Aufgaben zum Teile auch die alten Aufgaben des urwüchsigen Verbandes übernehmen: die Gemeinde, der Staat, die Religionsgemeinschaft, der Verein, die politische Partei, die gesellschaftliche Koterie, die gesellige Verbindung, der wirtschaftliche Verband in Landwirtschaft, in Werkstätte und Fabrik, die Erwerbsgesellschaft, der Berufsverband, die Verkehrswirtschaft. Bei den Völkern der höchsten Gesittung tritt der Mensch in eine fast unübersehbare Menge der verschiedensten Gemeinschaften ein, sein Leben wird reicher, mannigfacher, verwickelter. Infolgedessen verkümmern zum Teile auch die einst so mächtigen urwüchsigen Verbände. Nur die Hausgemeinschaft der nahen Blutsverwandten, die unter einem Dache vereinigt sind, die Familie im engsten Sinne, hat sich bis auf unsre Zeit in voller Blüte erhalten: die weitere Familie ist bereits sehr verblaßt, von der Sippe gibt es nur noch im hohen Adel und in der Bauernschaft kaum merkliche Spuren.

Alle neuern Verbände stehen zu den urwüchsigen Verbänden in einem ausgesprochenen Gegensatze. Bis auf seltne Ausnahmen ge-

hört jeder Mensch einem urwüchsigen Verbande an, für die andern Verbände besteht diese Notwendigkeit nicht; in die urwüchsigen Verbände wird man meist hineingeboren, über die Zugehörigkeit zu den andern Verbänden entscheidet öfter freiwilliger Anschluß und Aufnahme; der urwüchsige Verband verdankt unbewußten Trieben seinen Ursprung, die neuern Verbände sind Ergebnisse bewußter menschlicher Tätigkeit. Und dieser Gegensatz erweitert sich mit jedem Fortschritt der Gesittung. In viel höherm Maße als heute war noch vor hundert Jahren die Abkunft eines Menschen, also sein urwüchsiger Verband, entscheidend für seine Beschäftigung und den Beruf, für die religiöse Gemeinschaft, die politische Parteizugehörigkeit und die gesellschaftlichen Verbindungen; viel weniger als in der Gegenwart, war für all das seine freie Wahl bestimmend.

So wenig wir auch über das Recht in der Urzeit der Völkerschaften unterrichtet sind, aus denen die gesitteten Völker des heutigen Europas hervorgingen, zweifellos ist es doch, daß das, was wir heute hauptsächlich, zuweilen sogar ausschließlich als Recht bezeichnen, die feste, in Worte gefaßte Rechtsregel, die von einer über dem Einzelnen stehenden Gewalt ausgehend, diesem von außen auferlegt wird, bei ihnen kaum in geringfügigen Spuren nachweisbar ist. Ihr Recht, das ist vor allem die Ordnung in den Sippen, Familien, Häusern: es bestimmt die Voraussetzungen und Folgen einer gültigen Ehe, das Verhältnis der Ehegatten zueinander, der Eltern zu den Kindern, und das gegenseitige Verhältnis der andern Sippen-, Familien- und Hausgenossen. Diese Ordnung schafft sich jeder Verband ganz selbständig, ohne irgendwie an die Ordnung gebunden zu sein, die dafür in andern Verbänden besteht; und wenn die Ordnungen in den gleichartigen Verbänden bei einem Volke gewöhnlich wenig verschieden sind, so liegt das an der Gleichheit der Lebensbedingungen, oft auch an Entlehnungen, nicht aber daran, daß ihnen irgendwie von außen eine gleiche Ordnung vorgeschrieben worden wäre. Im Sinne des gelehrten deutschen Sprachgebrauchs gibt es unter Umständen ein allgemeines Recht, nicht aber ein gemeines Recht in diesen Verbänden.

Sobald sich der Bodenbesitz zu festigen beginnt, entsteht für ihn wohl ein Recht, aber wieder ohne allgemeine Rechtsregeln. Jede einzelne Ansiedlung schafft sich selbst ihr Bodenrecht, jeder Grundherr schreibt es selbständig seinen Hörigen vor, jeder königliche Leihebrief bestimmt ganz unabhängig von andern über die Rechtslage des verliehenen Besitzes. Es gibt also wohl konkrete Rechtsverhältnisse in den einzelnen Gemeinden, Ansiedlungen und Herrschaften, aber kein Recht des Bodeneigentums in der Art, wie es sich im corpus iuris oder in den modernen Gesetzbüchern findet.

Nicht anders verhält es sich mit dem Vertrage. Das Vertragsrecht beruht nur auf dem Inhalt der Verträge, die abgeschlossen werden; es fehlt ganz an allgemeinen Rechtssätzen über den Vertrag, es fehlen alle die zwingenden, ergänzenden und auslegenden Regeln, die das corpus iuris und die modernen Gesetzbücher füllen. Soweit der Vertrag schweigt, ist rechtsleerer Raum, und die für das ältre Recht so bezeichnende wörtliche, engherzige Vertragsauslegung beruht nicht auf dem angeblichen, der Frühzeit vielmehr ganz fremden Formalismus, sondern darauf, daß außer dem Wortlaute des Vertrages nichts vorhanden ist, woran man sich halten könnte.

Am frühesten vielleicht finden sich im Erbrecht allgemeine Rechtsregeln. Während aber in der ältesten Zeit bloß die Hausgenossen den Verstorbnen beerben, betreffen diese allgemeinen Regeln nur die Rechte der entfernten Angehörigen. Noch die XII Tafeln sagen über die sui heredes nichts, wohl aber über die Agnaten und Gentilen, und dasselbe finden wir in den alten deutschen Volksrechten und den slawischen Rechtsbüchern. Das beweist, daß diese Regeln erst einer spätern Schichte angehören: wie die Hausgenossen nach dem Tode eines der ihrigen mit seiner Habe verfahren, darüber hat jedes Haus und jede Sippe noch in historischer Zeit selbständig bestimmt, nur für den Fall, daß keine Hausgenossen vorhanden waren, entstanden schon in verhältnismäßig alter Zeit allgemeine Vorschriften.

Der älteste Staat baut sich ausschließlich auf dem Übereinkommen der adligen Sippen auf, die ihn gründen, und außer diesem Übereinkommen gibt es nichts, was die Stellung, die Rechte und Pflichten der einzelnen Staatsorgane festsetzen würde. Als dann an Stelle der vorübergehenden Führerschaft das lebenslängliche und schließlich das erbliche Königtum tritt, hängt alles von der Persönlichkeit, dem Reichtum, dem Einfluß des Königs, von der Größe, Tapferkeit und Anhänglichkeit seines Gefolges ab. Kann der König sich auf sein Gefolge verlassen, so reicht seine Macht unter Umständen auch recht weit, sonst muß er sich bei wichtigern Regierungshandlungen der Zustimmung der einflußreichen Männer im Volke, allenfalls des ganzen Volkes versichern. Der Rat der Ältesten und die Volksversammlung sind daher keine verfassungsmäßigen Einrichtungen, sondern nur Mittel für den König, seinen Willen durchzusetzen. Die königlichen Beamten gründen ihre Befugnisse nur auf den ihnen vom König erteilten Auftrag und auf seine Machtstellung. Rechtssätze darüber sind auch nicht vorhanden.

Im heutigen Privatfürstenrecht hat sich ein Stück des ältesten Rechtszustandes der Menschheit, wie eine vorsintflutliche Mücke in einer Bernsteinhülle eingekapselt, bis auf unsere Zeit erhalten. v. Dungern hat überzeugend nachgewiesen, daß das Privatfürstenrecht keinerlei

materiellen Inhalt hat. Es erschöpft sich ganz darin, daß die dem hohen Adel angehörenden Familien über ihre Rechtsverhältnisse selbständig bestimmen können; was sie darüber bestimmen, das steht ausschließlich bei ihnen. So wie heute noch das Privatfürstenrecht, war also einst das ganze Recht beschaffen. Während aber die Selbstbestimmung der Familien des hohen Adels nur einige Fragen des Familienrechts und Erbrechts ergreift, erhält in der Urzeit jeder einzelne Verband und im Verbande jedes einzelne Rechtsverhältnis, jeder Vertrag, jedes Grundstück sein eigenes Recht, und außer diesem Rechte der einzelnen Rechtsverhältnisse gibt es kein anderes in der alten Gesellschaft.

Diesen Rechtszustand spiegeln noch die homerischen Gedichte, die skandinavischen Sagas und die taciteische Germania. In der Rechtsüberlieferung der XII Tafeln und den ältesten germanischen Rechtsaufzeichnungen ist er freilich einigermaßen überholt. Da sind bereits allgemeine Rechtssätze aufgenommen, die sich auf das Bußesystem, das Strafverfahren und einiges aus dem Staats- und Privatrecht beziehen: zum Teile allerdings nur Entlehnungen aus dem römischen Recht, zum Teile auch in Anlehnung an dieses entstanden, zum größten Teile aber Zeugnisse einer fortgeschrittnen Rechtsentwicklung. In ähnlichem Verhältnisse stehen die slawischen Rechtsquellen zum byzantinischen Recht.

Aber selbst das hochentwickelte römische Recht der historischen Zeit enthält noch zahllose Reste, die auf einen solchen ältern Zustand hinweisen. Im Innern des römischen Hauses und der Sippe ist alles auf die Autonomie gestellt, bei der ältern Schichte der römischen Verträge entscheidet über die Rechte und Pflichten ausschließlich deren Wortlaut, eine notwendige Folge des Mangels allgemeiner Regeln über die Voraussetzungen und Folgen der Vertragspflichten. Das Erbrecht der sui heredes ist, wie die römische Testamentsherrlichkeit noch in historischer Zeit, der Mangel aller Bestimmungen über die Auseinandersetzung der Leibeserben bei der actio familiae herciscundae beweisen, seit jeher ungeregelt gewesen. Das Erbrecht der Gentilen wurde von jeder Gens nach deutlichem Zeugnis ganz selbständig geordnet. Und was ist eigentlich das römische Staatsrecht? Was uns Mommsen unter diesem Titel gibt, ist, abgesehen von dem Inhalt der wenigen staatsrechtlichen leges, eine Beschreibung dessen, was die römischen Staatsorgane während der Dauer des römischen Reiches tatsächlich getan haben. Mommsen gelangt wohl überall zu allgemeinen Rechtssätzen: aber diese sind, mit verschwindenden Ausnahmen, ein Ergebnis seiner eigenen geistigen Arbeit, sie sind von ihm aus den Tatsachen abgezogen, sie waren in Rom nie eine Regel für die Tatsachen. Man kann das immerhin römisches Staatsrecht nennen,

aber es ist gewiß nicht eine römische Staatsverfassung. Es ist fast dasselbe heute noch im ganzen Oriente. Seit die vornehmen Orientalen in Europa herumreisen und europäische Erziehung genossen haben, fehlt es allerdings dort nicht an Gesetzen, zuweilen sogar an geschriebenen Verfassungen; aber das sind meist doch nur Spielereien, vielleicht nicht ohne Bedeutung für eine ferne Zukunft, vorläufig aber wirkungslos. Will man das wirkliche Staatsrecht eines orientalischen Staates kennen lernen, so muß man durch eigne Anschauung, die das Corpus Inscriptionum Latinarum mehr als ersetzt, die Tätigkeit der einzelnen Staatsorgane zu erfassen suchen. Auf dieser Erkenntnis beruht die methodologische Bedeutung der Dungernschen Schrift über das Staatsrecht Egyptens.

Die ganze Rechtsordnung auf der ursprünglichen Stufe besteht daher in der innern Ordnung der menschlichen Verbände, zu denen allerdings auch der Staat gehört. Diese Ordnung schafft sich jeder Verband selbständig, wenn er auch dabei oft genug eine bereits in andern Verbänden bestehende Ordnung nachahmt, oder bei Spaltungen übernimmt und fortsetzt. Mit Einschluß dessen, was in der Gleichartigkeit der Verhältnisse begründet ist, fehlt es daher nie an gemeinsamen Zügen, die fremden Beobachtern als ein gemeines Recht des Volkes erscheinen mögen: aber das ist doch nur eine Verallgemeinrung des Gesehenen und Gehörten, die vom Beobachter selbst ausgeht. Tacitus erzählt uns manches über die Rechtsverhältnisse der alten Germanen, es genügt jedoch schon ein flüchtiger Blick auf seinen Bericht, um zu sehen, daß er keine Rechtssätze enthält, sondern nur Angaben über das, was die Germanen geübt und gelassen haben. Das, was man schon in diesen Zeiten Gesellschaft nennen könnte, hält sich nicht durch Rechtsregeln, sondern ausschließlich durch die innere Ordnung ihrer Verbände im Gleichgewicht.

Ein Sprung über viele Menschengeschlechter vermittelt den Übergang zum Lehnsstaat. Die große Schwierigkeit für den Modernen, den Lehnsstaat zu begreifen, lag darin, daß man lange nach einer Verfassung des Lehnsstaates gesucht hatte. Das bezeichnende für den Lehnsstaat ist aber grade, daß er keine Verfassung hat, sondern nur Verträge. Der König steht im Vertragsverhältnisse zu den von ihm belehnten Großen, die Großen zu denen, die von ihnen das Lehen empfangen haben und diese schließlich zu den von ihnen Belehnten. Auf der untersten Stufe stehen die Unfreien. Selbstverständlich können eine oder mehrere Stufen ausfallen, und auf jeder Stufe können die Lehnsherren unmittelbar Unfreie haben. Wollte man also das Staatsrecht eines Lehnsstaates ganz erschöpfend beschreiben, so müßte man den Inhalt aller Verträge der Lehnsherren mit den von ihnen Belehnten und ihr, oft genug auch nur vertragsmäßiges, Verhältnis zu den

Unfreien angeben. Die Verträge und das Verhältnis zu den Unfreien sind in einer bestimmten Gegend, bei einem bestimmten Volke oft einander sehr ähnlich: aber die Ähnlichkeit beruht wieder nur auf der Gleichartigkeit der begleitenden Umstände, auf unmittelbarer Nachahmung oder Entlehnung, nicht auf einer allgemeinen Regel. Das, was man als „Lehnrecht" bezeichnet, ist zunächst nur eine wissenschaftliche Verarbeitung des Gemeinsamen in den einzelnen Verträgen, die sich erst in der Folge zu einer den Vertragsinhalt ergänzenden allgemeinen Rechtsregel umbildet.

Allerdings kennt das vorgeschrittene Lehnrecht bereits Versammlungen der Lehnsträger der einzelnen Lehnsherrn, zuweilen nicht nur der unmittelbaren, ja sogar Versammlungen der Hörigen, die gemeinsame Entschließungen fassen. Aber diese Entschließungen enthalten, wenigstens bis sich der Gedanke des Gesetzes durchgerungen hatte, keine Rechtssätze im heutigen Sinne. Sie sind bloß gemeinsame Willensäußerungen, und ihre rechtliche Bedeutung besteht darin, daß sie, vom Lehnsherrn angenommen, dadurch zu Gesamtverträgen mit den Lehnsherrn werden. Gesamtverträge in diesem Sinne sind die ältesten Beschlüsse des deutschen Reichstages, ein Gesamtvertrag war die Magna Charta Libertatum, bis heute die Grundlage der englischen Verfassung, Gesamtverträge sind im wesentlichen die deutschen Hof- und Dienstrechte.

Aber die Lehnsverfassung vermochte doch nie den ganzen Gehalt der gesellschaftlichen Ordnung des Lehnsstaates zu erschöpfen. Innerhalb des Lehnsstaates lebten noch immer die alten Verbände der Sippe, der Familie, des Hauses fort, nur die Sippe erheblich geschwächt; neben ihr entstanden neue, örtliche Verbände, die eine Reihe von gesellschaftlichen Aufgaben übernahmen. Unter den örtlichen Verbänden erlangt die Stadt eine große Bedeutung und einen hohen Grad von Selbständigkeit, die sie im wesentlichen außerhalb der Lehnsverfassung stellte. Die Lehnsverfassung ist eigentlich stets nur eine Verfassung des flachen Landes geblieben. In den Stadtmauern entfaltete sich eine Unzahl eigenartiger, sonst unbekannter gesellschaftlicher Verbände und entwickelte sich ein reges Rechtsleben. Hier finden zuerst geschlossne Rechtseinrichtungen in einer Reihe von Rechtssätzen ihren Ausdruck: das Bodenbesitzrecht, Pfandrecht, Vertragsrecht, Erbrecht.

Diese Rechtssätze machen doch nur einen verschwindend kleinen Teil der Rechtsordnung aus. Die große Masse des Rechtszustandes ruht auch im Lehnsstaate nicht auf ihnen, sondern auf der innern Ordnung der gesellschaftlichen Verbände, sowohl der althergebrachten, der Sippe, Familie, des Hauses, als auch den neu entstandnen: dem Lehnsverbande, der Gutsherrschaft, der Markgemeinde, der Stadt-

gemeinde, den Gilden und Zünften, den Körperschaften und Anstalten. Wer das Recht der mittelalterlichen Gesellschaft kennen lernen will, darf sich nicht darauf beschränken, die Rechtssätze kennen zu lernen: er muß es in den Verleihungsurkunden, Bewidmungen, Urbarien, Traditionsbüchern, Stadtbüchern, Zunftordnungen studieren. Auch jetzt noch liegt also der Schwerpunkt des Rechts in der innern Ordnung der menschlichen Verbände.

Vergleicht man das Recht unsrer Gegenwart mit dem der vergangnen Jahrhunderte, so fällt schon auf den ersten Blick die große Bedeutung auf, die inzwischen der autoritär verkündete, in Worte gefaßte Rechtssatz angenommen hat. In diese Form ist vielleicht mit alleiniger Ausnahme Großbritanniens, das Staatsrecht aller europäischen Staaten gebracht worden, sowie das Recht der staatlichen Behörden, das Verwaltungsrecht und das Prozeßrecht, aus Rechtsregeln besteht anscheinend das ganze Privatrecht und das Strafrecht. Und so beherrscht uns heute ganz die Vorstellung, das Recht sei nichts, als eine Summe von Rechtssätzen.

Diese Vorstellung ist jedoch so widerspruchsvoll, daß sie sich gewissermaßen durch sich selbst widerlegt. Am wenigsten tritt der innre Widerspruch im Staatsrecht, Verwaltungsrecht und Prozeßrecht hervor: aber grade hier haben die neuern Untersuchungen über die normative Bedeutung des Tatsächlichen, über die Konventionalregel, über die Praxis der Behörden gezeigt, daß auch dieses Recht nicht bloß aus Rechtssätzen zusammengesetzt ist. Dagegen wird schon die heutige Familienordnung durch die Rechtsregeln kaum äußerlich gestreift. Das Körperschafts- und Anstaltsrecht ruht auch bei uns in der Hauptsache auf Satzungen. Trotz der eingehenden Bestimmungen über das Vertragsrecht kommt es doch in jedem einzelnen Falle weit mehr auf den Inhalt des Vertrages als auf die Rechtsregeln über den Vertrag an. Für die tatsächliche Erbrechtsordnung sind letztwillige Erklärung, Eheverträge, Erbverträge, Erbenauseinandersetzungen viel wichtiger als die Rechtsregeln über das Erbrecht. Jeder Richter, jeder Verwaltungsbeamte weiß, daß er verhältnismäßig selten bloß auf Grund von Rechtssätzen entscheidet; die große Mehrzahl der Entscheidungen erfolgt auf Grund von Urkunden, Zeugen- und Sachverständigenaussagen, auf Grund von Verträgen, Satzungen, Testamenten und sonstigen Erklärungen. Es wird also, wie sich die Juristen ausdrücken, viel häufiger über eine „Tatfrage" als über eine „Rechtsfrage" erkannt: aber die Tatfrage, das ist grade die innre Ordnung der menschlichen Verbände, die der Richter den Zeugen- und Sachverständigenaussagen, den Verträgen, Satzungen, Erbenauseinandersetzungen, letztwilligen Erklärungen entnimmt. Es wird also heute noch, ebenso wie in der Urzeit, das menschliche Schicksal in unvergleichlich höherm Maße

durch die innere Ordnung der Verbände als durch Rechtssätze bestimmt.

Dem Juristen wird diese Wahrheit dadurch sehr verschleiert, daß ihm auch eine Entscheidung über die Tatfrage nur als eine Unterordnung der von ihm festgestellten Tatumstände unter einen Rechtssatz erscheint. Das beruht aber nur auf rein juristischen Denkgewohnheiten. Der Staat war früher da als die Staatsverfassung, die Familie ist älter als die Familienordnung, der Besitz ging dem Eigentum voraus, es gab Verträge, bevor noch ein Vertragsrecht vorhanden war, und selbst das Testament, wo es urwüchsig entstanden ist, reicht über das Testamentsrecht hinaus. Wenn die Juristen meinen, bevor ein verbindlicher Vertrag abgeschlossen, ein verbindliches Testament errichtet worden ist, müsse ein Rechtssatz vorhanden gewesen sein, wonach Verträge oder Testamente verbindlich seien, so setzen sie damit das Abstrakte vor das Konkrete. Vielleicht ist es dem Juristen leichter begreiflich, daß ein Rechtssatz über das Vertragsrecht oder Testamentsrecht, als daß ein Vertrag oder ein Testament ohne Rechtssatz verbindlich sei: aber Völker und Menschen, abgesehen von den Juristen, die darunter sind, denken eben nicht so. Die Vorstellung, die den Menschen in der Vergangenheit beherrscht, ist nachweisbar die, daß er das Recht aus einem Vertrage oder einer Verleihung habe, der Gedanke, daß er es aus einem Rechtssatz habe, ist ihm vollständig fremd. Und auch in der Gegenwart wird, so lange die juristische Theorie nicht hineinspielt, stets angenommen, daß sich nicht aus Rechtssätzen, sondern aus Beziehungen der Menschen Rechte ergeben, aus der Ehe, aus dem Vertrage, aus dem Testamente. Daß jemand seine Rechte einem Rechtssatze zu verdanken habe, ist selbst heute noch eine nur dem Juristen geläufige Auffassung. Aber gesellschaftliche Erscheinungen können nicht dadurch erklärt werden, daß man sie juristisch konstruiert, sondern daß man aus Tatsachen die Gedankengänge erschließt, die ihnen zugrunde liegen.

Bei der bisherigen Darstellung wurden geflissentlich nur die europäischen Völker berücksichtigt; aber sie trifft selbstverständlich nicht nur für diese zu. Bei den Naturvölkern fällt das Recht überhaupt mit der innern Ordnung ihrer Verbände zusammen; allgemeine Rechtssätze fehlen auf tiefrer Entwicklungsstufe vollständig; erst auf etwas höherer Stufe erscheinen sie zunächst in der Form religiöser Gebote. Es scheint aber, daß überhaupt nur der sehr entwickelte Mensch ganz den Gedanken zu erfassen vermag, daß die abstrakten Rechtsregeln dem Leben ihren Willen aufzwingen könnten. Die deutschen Volksrechte des frühen Mittelalters enthalten wohl bereits zum Teile sehr eingehende Rechtssätze, aber sie waren wahrscheinlich nur dort angewandtes Recht, wo die römische Bevölkerung zahlreich

genug vorhanden war, um ein Nachleben römischer Gedankengänge auch in der germanischen Gesellschaft zu bewirken. Wie gering der Einfluß der Gesetzgebung noch im Mittelalter war, ist zur Genüge bekannt. In zurückgebliebenen Gegenden, im Orient, zum Teile auch im Osten und im Süden Europas, fällt jedem aus dem Westen hinkommenden Reisenden die allgemeine „Unordnung" auf; diese Unordnung besteht darin, daß allgemeine Rechtssätze, selbst wenn sie vorhanden sind, doch nicht befolgt werden. Zu dieser Unordnung im öffentlichen Leben steht in seltsamem Gegensatze die Strenge, mit der die althergebrachte Ordnung in kleinen Verbänden, im Hause, in der Familie und in der Sippe beachtet wird.

Schon der Altmeister der vergleichenden Rechtswissenschaft Sir Henry Sumner Maine hat auf diese Erscheinungen in einem andern Zusammenhange hingewiesen. Er hat es zuerst ausgesprochen, das älteste Recht sei immer das Prozeßrecht gewesen. Beim Worte genommen ist diese Bemerkung allerdings sinnlos. Eine noch so einfache und urwüchsige Gesellschaft, deren ganze Ordnung auf dem Prozeßrecht beruhen würde, ist undenkbar. Selbst Rechtsstreitigkeiten werden nirgends bloß auf Grund prozessualer Normen entschieden. Gewiß wird oft genug eine Klage wegen Formfehler des Klägers zurückgewiesen, oder es wird einer Klage stattgegeben, wegen der Formfehler des Beklagten; wo aber Mängel des Verfahrens nicht in Betracht kamen, mußte die Entscheidung doch stets auf Grund des materiellen Rechts erfolgen. Das wäre selbstverständlich nicht möglich gewesen, wenn es kein materielles Recht gegeben hätte. Die Lehre Maines ist aber insofern richtig, als zwar nicht das älteste Recht, wohl aber die ersten Rechtssätze die des Prozeßrechts gewesen sind, etwa im Verein mit den Bußordnungen. Das materielle Recht war gewiß schon vorhanden, aber noch nicht in Rechtsätze gefaßt.

Die innre Ordnung der menschlichen Verbände ist nicht nur die ursprüngliche, sondern auch bis in die Gegenwart die grundlegende Form des Rechts. Der Rechtssatz stellt sich nicht nur viel später ein, er wird auch heute noch größtenteils erst von der innern Ordnung der Verbände abgeleitet. Um die Anfänge, die Entwicklung und das Wesen des Rechts zu erklären, muß daher vor allem die Ordnung der Verbände erforscht werden. Alle bisherigen Versuche, sich über das Recht klar zu werden, sind daran gescheitert, daß nicht von der Ordnung in den Verbänden, sondern von den Rechtssätzen ausgegangen worden ist.

Die innere Ordnung der Verbände wird durch Rechtsnormen bestimmt. Rechtsnorm ist mit Rechtssatz nicht zu verwechseln. Der Rechtssatz ist die zufällige allgemeinverbindliche Fassung einer Rechtsvorschrift in einem Gesetze oder einem Rechtsbuch. Rechtsnorm ist

dagegen der ins Handeln umgesetzte Rechtsbefehl, wie er in einem bestimmten, vielleicht ganz kleinen Verbande herrscht, auch ohne jede wörtliche Fassung. Sobald es in einer Gesellschaft Rechtssätze gibt, die wirklich wirksam geworden sind, ergeben sich aus den Rechtssätzen auch Rechtsnormen; aber in jeder Gesellschaft gibt es weit mehr Rechtsnormen als Rechtssätze, weil es immer weit mehr Recht für einzelne als für alle gleichartigen Verhältnisse gibt, und auch mehr Recht als den zeitgenössischen Juristen, die es in Worte zu fassen suchen, zum Bewußtsein gekommen ist. Jeder moderne Rechtshistoriker weiß, welch geringer Bruchteil des Rechts, das zu ihrer Zeit gegolten hat, in den XII Tafeln oder in der lex Salica enthalten ist; aber auch mit den modernen Gesetzbüchern verhält es sich nicht anders. In vergangenen Jahrhunderten beruhten alle Rechtsnormen, die die innere Ordnung der Verbände bestimmten, auf dem Herkommen, auf Verträgen und auf Satzungen der Körperschaften, und auch heute noch sind sie überwiegend dort zu suchen.

III.

Die gesellschaftlichen Verbände und die gesellschaftlichen Normen.

Ein gesellschaftlicher Verband ist eine Mehrheit von Menschen, die im Verhältnisse zu einander gewisse Regeln als für ihr Handeln bestimmend anerkennen, und wenigstens im Allgemeinen tatsächlich darnach handeln. Diese Regeln sind von verschiedener Art und werden mit verschiedenen Namen bezeichnet: Regeln des Rechts, der Sittlichkeit, der Religion, der Sitte, der Ehre, des Anstandes, des Taktes, des guten Tones, der Mode. Dazu kommen wohl noch einige von geringerer Bedeutung, etwa die Spielregeln, die Regeln der Reihe (beim Schalter, oder im Wartezimmer eines beschäftigten Arztes). Diese Regeln sind gesellschaftliche Tatsachen, ein Erzeugnis der in der Gesellschaft wirkenden Kräfte, und können nicht abgesondert von der Gesellschaft, in der sie wirken, sondern nur in ihrem gesellschaftlichen Zusammenhange betrachtet werden, ebensowenig wie man die Wellenbewegung berechnen könnte, ohne Rücksicht auf das Element zu nehmen, in dem die Wellen sich fortpflanzen. Sie sind ihrer Form und ihrem Inhalte nach Normen, abstrakte Befehle und Verbote, die das Zusammenleben in dem Verbande betreffen, gerichtet an die Angehörigen des Verbandes. Neben Regeln des Handelns dieser Art gibt es auch Regeln, die keine Normen sind, weil sie sich nicht auf das Zusammenleben der Menschen beziehen: etwa die Sprachregeln, die Regeln des Geschmackes oder der Hygiene.

Die Rechtsnorm ist daher nur eine von den Regeln des Handelns und insofern allen andern gesellschaftlichen Regeln des Handelns artverwandt. Die herrschende Jurisprudenz legt begreiflicherweise keinen Nachdruck darauf, sie hebt vielmehr aus praktischen Gründen den Gegensatz des Rechts zu den anderen Normen, besonders denen der Sittlichkeit hervor, um es dem Richter bei jeder Gelegenheit möglichst eindringlich vorzuhalten, daß er nur nach Recht und nie nach anderen Regeln zu entscheiden habe. Bei einer nicht ganz verstaatlichten Rechtsbildung tritt dieser Gegensatz sehr zurück; in Rom, wo das Recht als ars boni et aequi bezeichnet worden ist, hörte man kaum etwas davon, und auch den heutigen Engländern

ist er in dieser Schärfe fremd. Auf den Gebieten, wo die Jurisprudenz nicht praktische richterliche Zwecke verfolgt, im Völkerrecht, Staatsrecht, Verwaltungsrecht, wird das Recht nicht im Entferntesten so sorgfältig von Sittlichkeit, Sitte, Anstand und Takt, den jetzt sogenannten Konventionalregeln, ja sogar von bloßen Zweckmäßigkeitserwägungen auseinandergehalten, wie das wenigstens in der Theorie des Privatrechtes und Strafrechtes geschieht.

Jedes menschliche Verhältnis, vorübergehend oder dauernd, wird ausschließlich durch die Regeln des Handelns im Verbande zusammengehalten. Hören die Regeln zu wirken auf, so zerfällt der Kreis in seine Bestandteile, je schwächer sie werden, umso lockerer wird die Gemeinschaft. Der Religionsverband löst sich auf, wenn die Religionsvorschriften nicht mehr gelten. Die Familie geht auseinander, wenn die Familiengenossen die Familienordnung nicht mehr befolgen. Bei den österreichischen Nordslaven sind die Spuren einer Großfamilie in den letzten 50 Jahren vollständig verschwunden, weil die entfernteren Familienangehörigen nicht mehr wie einst die Regeln des Zusammenlebens anerkennen.

Nicht alle menschlichen Verbände werden durch Rechtsnormen bestimmt, aber dem Rechte gehören offenbar nur die an, deren Ordnung auf Rechtsnormen beruht. Nur mit diesen hat sich die Soziologie des Rechts zu befassen, die sonstigen sind Gegenstand andrer Zweige der Soziologie. Unter den Rechtsverbänden sind einige wenige schon äußerlich leicht als solche erkennbar: es sind das die, die die Juristen als juristische Personen bezeichnen, die Körperschaften, Anstalten, Stiftungen, vor allem der Staat. Es gibt aber schon im öffentlichen Rechte zahlreiche Rechtsverbände ohne juristische Persönlichkeit, Behörden, Anstalten, das Volk, das Heer Klassen, Stände, Berufe; noch mehr ist davon im Privatrechte zu finden.

In allen Rechtsverbänden bildet die Rechtsnorm das Rückgrat ihrer inneren Ordnung: sie ist die kräftigste Stütze ihrer Organisation. Organisation, bedeutet die Regel im Verbande, die den Angehörigen des Verbandes ihre Stellung (ihre Über- und Unterordnung) und ihre Aufgaben zuweist. Diese Regel kann nicht nur das Verhältnis des Menschen zum Menschen, sondern auch sein Verhältnis zu Sachen betreffen: mittelbar bezieht sie sich auch dann noch immer auf das Verhältnis des Menschen zum Menschen. Denn der Eigentümer von Verbrauchsgegenständen bestimmt darüber, was die zu leisten haben, denen er die Gegenstände zur Verfügung stellt; der Fabriksbesitzer ist für die Ordnung in der Fabrik und für die Richtung des Betriebs maßgebend, der Gläubiger entscheidet über das Schicksal des Gegenstandes der Forderung und oft genug über das des Schuld-

ners; ebenso häufig entscheidet übrigens auch der Schuldner über das Schicksal des Gegenstandes der Forderung und des Gläubigers, da er als der augenblickliche Besitzer der Sache ein gutes Stück rechtlicher Macht darüber hat. Nur die Rechtsregeln schaffen aber die Ordnung im Verbande, die zu wirklichen Regeln des Handelns in einem Verbande geworden sind, die also von den Menschen wenigstens im Allgemeinen anerkannt und befolgt werden. Rechtsregeln, die bloße Entscheidungsnormen geblieben sind, nur in den verhältnismäßig seltnen Fällen eines Rechtsstreits wirksam werden, ordnen die Verbände nicht; noch weniger selbstverständlich die in Wirklichkeit ziemlich zahlreichen Rechtssätze, die am Leben überhaupt spurlos vorbeigehen. Von den Normen der Sittlichkeit, Sitte, Religion gilt selbstverständlich dasselbe. Man muß daher bei dem, was die Gesetzgeber, Religionsstifter oder Philosophen gesetzt, verkündet oder gelehrt haben, immer fragen, was davon nicht bloß von den Gerichten angewendet, von der Kanzel gepredigt, oder in Büchern und Schulen gelehrt, sondern auch tatsächlich geübt und gelebt wird. Nur was ins Leben tritt, wird lebende Norm, das andere ist bloß Lehre, Entscheidungsnorm, Dogma oder Theorie. Normen der Sitte, der Ehre, des Anstandes, des Taktes, des guten Tones, der Mode gibt es überhaupt nur im Sinne von Regeln des menschlichen Handelns; und wenn auch jeden Augenblick ein neuer Kodex der Ehre (Duellregeln), des Taktes, des guten Tones, der Mode das Licht erblickt, so sind sie doch vollständig bedeutungslos, wenn sie nicht wirklich ins Leben dringen.

Die erste und wichtigste Aufgabe der soziologischen Rechtswissenschaft ist daher, die Bestandteile des Rechts, die die Gesellschaft regeln, ordnen und bestimmen, von den bloßen Entscheidungsnormen zu sondern und ihre organisatorische Natur nachzuweisen. Diese wurde am frühesten im Staatsrecht und Verwaltungsrecht erkannt. Es wird in der Tat kaum mehr bezweifelt, daß das Staatsrecht eine Ordnung des Staates ist, nicht etwa dazu bestimmt, Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden, sondern die Stellung und die Aufgaben der staatlichen Organe, die Rechte und Pflichten der staatlichen Behörden festzusetzen. Aber der Staat ist doch vor allem ein gesellschaftlicher Verband, die Kräfte, die im Staate wirken, sind gesellschaftliche Kräfte; alles, was vom Staate ausgeht, die Tätigkeit der staatlichen Behörden und besonders auch die staatliche Gesetzgebung, sind ein Werk der Gesellschaft, vollbracht durch ihren dafür geschaffenen Verband, den Staat. Im Staat sind dieselben Klassen, Stände und Interessengruppen maßgebend, die die Gesellschaft leiten, und wenn der Staat gegen eine von ihnen Krieg führt, so bedeutet das nichts anderes, als daß er sich in den Händen einer andern befindet. Im Staatsrecht ist daher nicht

nur eine staatliche, sondern auch eine gesellschaftliche Organisation enthalten.

Ein reiches Gelehrtenleben ist zu einem guten Stück in der Arbeit aufgegangen, die organisatorische Natur des Körperschaftsrechtes und den Anteil, den die Körperschaften und ihr Recht an der Gesittung, zumal der deutschen, hatten und jetzt noch haben, darzulegen. Was die Körperschaften als Verbände für die Organisation des politischen, geistigen, religiösen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebens bedeuten, lehrt jedes Blatt der Geschichte, und ein beliebiges englisches oder amerikanisches Werk über Korporationen und Trusts ist geeignet, dieses Bild zu vervollständigen. Es ist wohl für die Zwecke dieser Arbeit überflüssig, dem Gesagten etwas hinzuzufügen.

Dem Recht des Staates und der öffentlichen und privatrechtlichen Körperschaften, das er als Sozialrecht bezeichnet, setzt Gierke das ganze übrige Privatrecht als Individualrecht gegenüber. Dieser Gegensatz besteht jedoch nicht. Es gibt kein Individualrecht, jedes Recht ist ein Sozialrecht. Das Leben kennt den Menschen als einen aus dem Zusammenhange gerissenen einzelnen und einzigen nicht, und auch dem Recht ist ein solches Wesen fremd. Für das Recht ist der einzelne Mensch immer nur als Glied eines der unzähligen Verbände vorhanden, in die er durch das Leben eingereiht worden ist. Diese Verbände, soweit sie rechtliches Gepräge haben, werden durch das Recht und die anderen gesellschaftlichen Normen geordnet und geregelt; die Normen sind es, die jedem einzelnen darin seine Stellung, seine Über- und Unterordnung und seine Aufgaben zuweisen. Daß sich aus dieser Eingliederung für den Einzelnen unter Umständen (keineswegs immer) auch Einzelrechte und -pflichten ergeben, ist wohl eine Folge, nicht aber ihr Zweck, nicht ihr wesentlicher Inhalt.

Im herrschenden Privatrechtssystem kommt jedoch der Verband nur sehr unvollkommen zum Ausdruck. Die analytische Methode der privatrechtlichen Jurisprudenz hat es mit sich gebracht, daß die meisten Verbände in Stücke zerrissen worden sind, um ihre Bestandteile als Rechtssubjekte und Objekte, als dingliche und persönliche Rechte einzeln unter das Vergrößerungsglas zu nehmen. Das mag praktisch geboten sein, ist aber jedenfalls unwissenschaftlich: ebenso wie die alphabetische Ordnung des Wörterbuchs praktisch geboten, aber unwissenschaftlich ist. Die soziologische Rechtswissenschaft, durch keinerlei praktische Rücksichten gebunden, muß daher die auseinandergerissenen Glieder wieder zu einem Ganzen zu vereinigen suchen. Schon äußerlich erscheinen selbstverständlich als Verbände die juristischen Personen des Privatrechts, die Vereine auch ohne juristische Persönlichkeit, die

Gesellschaften und sonstigen Gemeinschaften, und die Familie. Tatsächlich ist aber das ganze Privatrecht ein Verbandsrecht. Denn das Privatrecht ist überwiegend, und abgesehen vom Familienrecht sogar ausschließlich, das Recht des wirtschaftlichen Lebens, und das wirtschaftliche Leben spielt sich ausnahmslos in Verbänden ab.

Das wirtschaftliche Leben besteht in der Gütererzeugung, im Güterverkehr und im Güterverbrauch, und diesen drei Aufgaben dienen demgemäß auch die wirtschaftlichen Verbände des Privatrechts. Aber gerade in dieser Richtung besteht ein ungeheurer Gegensatz zwischen der Wirtschaft unsrer Zeit und der einer gar nicht allzu weit entfernten Vergangenheit. Im Altertum und im Mittelalter herrschte die geschlossene, bäuerliche Hauswirtschaft und die Oikenwirtschaft des königlichen Hofes und des Frohnhofes vor. Das waren offenbar wirtschaftliche Verbände und ihre rechtliche Ordnung lag klar zutage. Geschlossene Hauswirtschaften sind gegenwärtig in Europa wohl nur in weltentlegenen Gegenden noch zu finden. Die Familie ist allerdings bis in unsere Zeit, wenigstens in der Bauernschaft und in der Heimarbeit, ausnahmsweise auch im Handwerk, ein gütererzeugender Arbeitsverband geblieben, aber sie genügt sich nirgends mehr selbst, und arbeitet auch in der Bauernschaft höchstens teilweise noch für ihren eigenen Bedarf. Aber auch im Handwerk und in der Bauernschaft sind das doch nur Reste verschwindender Wirtschaftsformen. Im Allgemeinen ist die Familie nicht mehr eine Stätte der Gütererzeugung, sondern des Güterverbrauchs; nur die letzte Zubereitung der Verbrauchsgegenstände findet gemeiniglich noch in der Familie statt. Abgesehen davon ist gegenwärtig Haus und Arbeitsstätte scharf geschieden. Die Arbeitsstätte liefert für den Markt die erzeugten Güter, das Haus bezieht das, was es braucht, auf dem Markte, das Erzeugnis wird zur Ware. Immer länger wird der Weg, den die Ware durchlaufen muß, bis sie von der erzeugenden in die Verbrauchswirtschaft gelangt, und jede Verlängerung des Weges erweitert auch das Gebiet des Verkehrsgeschäfts, des Handels. Es ist also für die Gegenwart wenigstens im Allgemeinen richtig, daß sich die Gütererzeugung in der Betriebsstätte, der Güterverkehr im Handel und nur der Güterverbrauch im Hause vollzieht, und dieser Dreiteilung muß sich auch die rechtliche Ordnung der wirtschaftlichen Verbände unserer Zeit anschließen.

Bei jedem wirtschaftlichen Verband sind drei Dinge zu unterscheiden: die arbeitende oder verzehrende Menschengruppe; dann die sachliche Grundlage der Wirtschaft, die Arbeitsmittel und die Rohstoffe; endlich die juristische Form, in der die Menschengruppe für ihr ganzes Verbandsleben den Schutz der Gerichte und staatlichen Behörden erhält. Damit dürfte wenigstens in den Grundzügen der Zusammen-

hang des wirtschaftlichen Aufbaus der Gesellschaft mit deren juristischen Formen dargelegt sein.

Der Bauer baut auf dem Gute, das er mit Frau und Kindern, Knechten und Mägden bewirtschaftet, Getreide und Knollenfrüchte an, züchtet Rinder und Schafe. Das ist der wirtschaftliche Inhalt dieses Verbandes; seine juristische Form ist das Eigentum, dingliches Nutzungsrecht oder Pachtverhältnis am Bauernhof, das Familienrecht, das die Angehörigen vereinigt, der Dienstvertrag, der die Knechte und Mägde an den Hof bindet. Der Großgrundbesitzer bewirtschaftet seine Güter zum Teile selbst, zum Teile hat er sie verpachtet, oder an Nutzungsberechtigte ausgetan. In dieser wirtschaftlichen Organisation des Großgrundbesitzers sind auch ihre juristischen Formen enthalten: Eigentum, Pacht, dingliche Nutzungsrechte. Der Handwerker schafft mit Gesellen und Lehrlingen in einer gemieteten Werkstätte mit eigenem Materiale und eigenem Handwerkszeug; Mietrecht der Werkstätte, Eigentum an Werkzeugen und Material, Lohnvertrag mit den Gesellen und Lehrlingsvertrag bezeichnen zugleich die juristische Form und den wirtschaftlichen Inhalt des handwerksmäßigen Betriebes. Eine Aktiengesellschaft wirft aus ihren Fabriken Millionenwerte auf den Markt; die Aktiengesellschaft mit ihrem Vorstand und Aufsichtsrat, den Mitgliedern und der Mitgliederversammlung, mit einem Heer von Beamten und Arbeitern, mit dem Eigentum, Pacht- und Mietverhältnissen an Fabriksgebäuden, Maschinen, Kraftquellen, Rohstoffen und Waren, das alles ist die wirtschaftliche Ordnung der Fabriksunternehmung, die sich in dem Gesellschaftsvertrage, in einer Unzahl von dinglichen Rechtsverhältnissen, in den zahllosen Vertragsverhältnissen mit den Angestellten und Arbeitern, mit Vermietern und Verpächtern spiegelt.

Die Erörterung der andern wirtschaftlichen Verbände, des Handelshauses, der Bank, der Verbrauchsgemeinschaft des Hauses führt zu durchaus ähnlichen Ergebnissen. Der Verband im Handelshause und in der Bank besteht ähnlich wie in der Fabrik aus dem Geschäftsinhaber, den Angestellten und Dienern, die durch Verträge dem Unternehmer verpflichtet sind, außer den Lohnverträgen kommen hier aber zahlreiche Kommissionsverträge und Aufträge anderer Art vor. Die Ordnung des Handelshauses und der Bank ist weit mehr als die der Fabrik nach außen gerichtet: daher schließen sich an die Dienstverträge mit den einzelnen Angestellten verschiedene Vollmachtsverhältnisse an, die bei der Fabrik in dieser Art nicht vorhanden sind. Die materielle Grundlage erscheint hier in der juristischen Form des Eigentums oder Mietrechts am Laden und den Magazinen, des Eigentums an Waren und Geldsummen. Die Verbrauchsgemeinschaft der Familie und des Hauses endlich umfaßt außer den Familienangehörigen auch

die Dienstboten. Ihre materielle Grundlage wird durch das Mietrecht an der Wohnung und das Eigentum an den Verbrauchsgegenständen in Küche, Keller und Vorratskammer hergestellt.

Das Familienrecht in der Familie, der Dienst-, Lohn- und Anstellungsvertrag in der Fabrik, in der Werkstätte, in dem Handelshause und in der Bank verrichten hier überall dasselbe, was in der Körperschaft die Satzung, im Staat, in der Gemeinde, in der Kirche das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis leistet: sie wirken die innere Ordnung in der Menschengruppe, die sich in diesen wirtschaftlichen Verbänden zusammenfindet. Aber dasselbe gilt nicht bloß vom Dienst-, Lohn- und Anstellungsvertrag, sondern von allen andern Arten des Vertrags, besonders vom Austauschvertrage, vom Gebrauchsbeschaffungsvertrage (Miet- und Pachtvertrag und Leihe) und vom Kreditvertrage. Die organisatorische Natur aller dieser Verträge tritt sofort deutlich zutage, wenn nicht bloß, wie das gewöhnlich zu rein praktisch-juristischen Zwecken geschieht, bloß die beiden Parteien, die den Vertrag abschließen, sondern der ganze Kreis der Personen ins Auge gefaßt wird, die miteinander durch regelmäßigen vertragsmäßigen Güteraustausch verbunden sind. Alle Personen in diesem Kreise bilden einen wirtschaftlichen Verband, der die Güter, die gebraucht werden, erzeugt, die Dienste anbietet, deren man bedarf, und der sich so gegenseitig mit Gütern und Diensten versorgt: in diesem Verband wird jedem Einzelnen die Stellung, die Über- und Unterordnung, diese letzte allerdings meist nur sehr rudimentär, und seine Aufgaben, durch die Gesamtheit der von ihm abgeschlossenen oder abzuschließenden Verträge bestimmt. Im kaufmännischen Verkehre werden die Verträge, wenigstens über vertretbare Leistungen, im Vorhinein nicht gegenüber bestimmten Personen, sondern gegenüber dem ganzen Kreise eingegangen, die im Güteraustauschverhältnisse stehen: darin liegt die Bedeutung der Ordre, des Giro und der Skontration, zum Teile auch der Inhaberpapiere.

Am sinnfälligsten tritt die gesellschaftliche Natur des Vertrages im Kreditgeschäfte hervor. Jedes Kreditgeschäft ist bedingt durch Vorräte an Sachgütern, die in der Gesellschaft vorhanden sind. So lange die Menschheit nur soviel erzeugt, als sie für den Augenblick braucht, so lange sie nur von der Hand in den Mund lebt, wie es stets auf der ursprünglichen Entwicklungsstufe der Fall ist, gibt es kein Kreditgeschäft. Schon in der Naturalwirtschaft muß der Landwirt, der seinem Nachbar mit Saatkorn aushilft, mehr eingeheimst haben, als er unmittelbar bedarf, er muß einen Vorrat haben. In der heutigen Gesellschaft nehmen die Vorräte Geldform an. Wer wirtschaftliche Güter über seine eignen Bedürfnisse erzeugt hat, veräußert sie und erhält Geld dafür; gibt er das Geld aus, so schafft er

damit andere Güter an, um sie zu gebrauchen, behält er das Geld in der Hand, so muß der Wert der Güter, der Geldsumme entsprechend, irgendwo in der Volkswirtschaft unverbraucht vorhanden sein. Wird der Kaufpreis vom Verkäufer kreditiert, so bedeutet das, daß er vorläufig für den Wert dieser Güter keine anderen Güter anschaffen wird, daß dieser Wert also bis auf weiteres in der Volkswirtschaft unverbraucht bleiben wird. Mit jeder kreditierten Geldsumme wird daher über den Wert der in irgendeiner Wirtschaft vorhandenen Vorräte an Sachgütern zugunsten einer andern Wirtschaft verfügt, und in jedem Kreditgeschäft wird die Frage mit entschieden, ob in der Gesellschaft für das, was der Kreditwerber vermutlich beabsichtigt, die entsprechenden Vorräte zu finden sind; das Kreditgeschäft ist daher immer gesellschaftlich bedingt. In den am höchsten entwickelten Volkswirtschaften trägt jeder das Geld, das er nicht sofort braucht, in die Bank, so daß sich in den Banken der größte Teil der Vorräte in Geldform ansammelt, das die einzelnen Wirtschaften für die Zwecke der andern Wirtschaften erübrigen, und indem so die Banken darüber zugunsten der einzelnen Wirtschaften verfügen, erhalten sie tatsächlich die Leitung der gesellschaftlichen Gütererzeugung, des Güterumsatzes und des Güterverbrauchs, ihre Berechnungen werden immer mehr die Grundlage für das Entstehen, die Erweiterungen und den Bestand wirtschaftlicher Betriebe.

Der Vertrag ist also die juristische Form für die Verteilung und Verwertung der in der Volkswirtschaft vorhandenen Güter und persönlichen Fähigkeiten (Dienste). Nicht nur der Abschluß, sondern auch der Inhalt des Vertrags geht aus den gesellschaftlichen Zusammenhängen hervor. Es genügt wohl bei irgendeinem der gewöhnlichen Verträge des täglichen Lebens die Frage aufzuwerfen, was ihm allein eigentümlich, was dagegen durch die gesellschaftliche Ordnung, die Organisation der Wirtschaft, des Handels und des Verkehrs gegeben ist, um sich zu überzeugen, wie sehr die letzten Bestandteile darin überwiegen. Wenn wir heute imstande sind, unsere Bedürfnisse an Nahrung, Kleidern, Wohnung durch die täglichen Kauf-, Miet- und Werkverträge zu decken, so haben wir es doch nur dem zu danken, daß in der Gemeinschaft, in der wir leben, Handel und Gütererzeugung soweit geregelt sind, daß eine solche Bedarfsbefriedigung möglich ist. Vor fünfhundert Jahren war das gewiß nirgends der Fall, und es gibt heute noch Erdstriche genug, wo es noch lange nicht zutrifft. Man kann nicht eine Wohnung in einem Gebirgsdorfe mieten, wo keine Miethäuser da sind, man kann sich nicht täglich mit Nahrungsmitteln oder Kleidern versehen, wenn sie nicht in der Gegend im Handel ausgeboten werden, man kann nicht einen Mann für Dienste aufnehmen, die nicht um Geldlohn verrichtet werden. Das gilt selbstverständlich

nicht bloß vom Vertragsgegenstande, das gilt von jeder einzelnen Vertragsbestimmung. Man möge einen Vertrag Punkt für Punkt durchgehen, man wird den gesellschaftlichen Grund, warum er so und nicht anders lautet, überall leicht herausfinden: bald ist es die gesellschaftliche oder wirtschaftliche Überlegenheit eines der beiden Teile, bald die Lage des Marktes, bald die Verkehrsgewohnheiten des Geschäftszweiges. Wer seinen Wohnsitz gewechselt hat, wird sofort bemerken, daß er jetzt täglich ganz andere Verträge abschließt, als zuvor: er mag noch so sehr den Willen haben, nichts in seiner Lebenshaltung zu ändern, die Welt um ihn ist eine andere geworden, und ihr muß er sich auch in seinem Vertragswillen anpassen. In England werden zumeist nicht Wohnungen gemietet, sondern ganze Häuser, das Fleisch wird dort in den Landstädten nicht täglich beim Fleischhauer gekauft, sondern wöchentlich ins Haus geliefert. Das bedeutet, daß der Mietvertrag und der Fleischeinkaufsvertrag, auch abgesehen von den Rechtsregeln, einen ganz andern Inhalt haben als auf dem Festlande. Mit Absicht wurde hier von den Verträgen des Kleinverkehrs ausgegangen, denn bei diesen tritt das dem einzelnen Fall Eigentümliche noch am ehesten hervor. Wie sehr die Verträge des Großhandels und der Industrie bloß ein Ausdruck der allgemeinen Verhältnisse des Marktes und der besonderen Bedürfnisse des Wirtschaftsgebietes sind, wurde bereits häufig genug dargelegt. Die meisten schriftlichen Verträge werden nach schriftlichen Formularien abgeschlossen, deren Inhalt den Parteien oft gar nicht bekannt gemacht wird, er ist eben gesellschaftlich gegeben, von ihrem individuellen Willen unabhängig. Das schließt selbstverständlich nicht aus, daß dabei auch die wenigen individualisierenden Daten, die ins Formular hineingesetzt werden, inhaltlich aus gesellschaftlichen Zusammenhängen hervorgegangen sind.

So wenig ist der einzelne Vertrag bloß Ausfluß des individuellen Parteiwillens, daß die österreichische Schule der Volkswirtschaftslehrer es unternehmen konnte, das wichtigste Stück des leitenden Vertrages des Güterverkehres, den Kaufpreis, ausschließlich aus dessen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Voraussetzungen zu berechnen, und ein namhafter Volkswirtschaftslehrer, Walras, hat es sogar mit Erfolg versucht, ihn auf eine mathematische Formel zurückzuführen. Die Ergebnisse dieser Forschungen sind wohl alle unmittelbar anwendbar wenigstens auf die Austauschverträge, bei denen die Gegenleistung in Geld ausgedrückt ist, auf Arbeits-, Miet- und Werkverträge. Und wenn es kaum je möglich sein wird, auch für den übrigen Vertragsinhalt eine mathematische Formel aufzustellen, so liegt das doch nur an der Unübersichtlichkeit der Elemente der Berechnung, nicht an der grundsätzlichen Unlösbarkeit der Aufgabe.

Die gesellschaftliche Natur des Vertrages ist aber doch nur ein Ausdruck dessen, daß er gesellschaftlichen Zwecken zu dienen hat. Er ist in allen seinen unübersehbaren Formen dazu da, um in der bürgerlichen Gesellschaft, die sich auf Privateigentum an Grund und Boden, Arbeitsmitteln und Verbrauchsgegenständen aufbaut, die Gütererzeugung, den Güteraustausch und den Güterverbrauch zu regeln und zu ordnen. Auf der durch das Eigentum, die dinglichen Rechte und wohl auch den Gebrauchsbeschaffungsvertrag (Miete, Pacht, Leihe) gebildeten sachlichen Grundlage vereinigt der Gesellschaftsvertrag oder das ihm nahe verwandte Vereinsgründungsgeschäft mehrere Unternehmer zu einer Gesellschaft oder einem Verein, und hält der Arbeits- und Dienstvertrag das Heer der Beamten und Arbeiter eines Gutshofes und einer Fabrik zusammen, die verschiedenen Austauschverträge leiten die Erzeugnisse der Landwirtschaft und des Gewerbes durch Vermittlung des Handels an die Stätten, wo sie gebraucht werden, der Kreditvertrag wendet den einzelnen Wirtschaften das Kapital zu, das augenblicklich für ihre Zwecke frei ist. In diesen ungeheuren, übereinandergeschichteten Maschinen der Einzelwirtschaften, der Volkswirtschaften und der Weltwirtschaft bedeutet jeder Mensch, der sich darin schaffend bewegt, irgend eine kleine Feder, ein Rädchen oder eine Schraube; seine Stellung und seine Aufgabe darin wird ihm aber in der Hauptsache durch die Gesamtheit der von ihm abgeschlossenen Verträge angewiesen.

Kein einziges Rechtsgebiet wurde von der Jurisprudenz in seiner organisatorischen Bedeutung so gründlich verkannt, so unbarmherzig verunstaltet, so jämmerlich mißhandelt, wie das moderne, festländische Erbrecht. Liest man eine literarische Darstellung, durchforscht man ein Gesetzbuch, studiert man eine Spruchsammlung, so könnte man zuweilen glauben, beim Erbrecht handle es sich um Lotteriegewinnste; die Rolle des Waisenknaben übernehmen die Paragraphen, durch deren gewundene Sätze eine geheimnisvolle Schicksalsgöttin nach unerforschlichem Ratschluß den Glücklichen mit verbundenen Augen ihre Gaben verteilt. Das Unheil hat allerdings überall schon sehr früh begonnen. Die klaren Linien des Erbrechts der XII Tafeln und der deutschen Rechtsbücher, aus denen man heute noch die gesellschaftliche Verfassung ihrer Zeit fast ohne Mühe herauslesen kann, haben jeden Sinn verloren und jedes Verständnis eingebüßt, als die Gesellschaft, für die sie galten, verschwunden ist. Eine neue Ordnung ist inzwischen entstanden, aber sie hat es merkwürdigerweise weder in Rom, noch bei uns vermocht, für ein Erbrecht, das ihr paßt, scharfumrissene und allgemeingültige Sätze zu finden, an ihren vielen Einbruchsstellen hat sie wohl mehrmals schweres Zerstörungswerk vollbracht, aber kaum irgendwo Erhaltungswürdiges aufgebaut. Und

so ist fast alles der Vorsorge des Einzelnen überlassen: die letztwillige Erklärung, die Familiensatzung, pactum et providentia maiorum, der Ehevertrag, die elterliche Erbteilung, die Vermögensübergabe bei Lebzeiten, die außergerichtliche Erbenauseinandersetzung müssen in die Bresche treten. Das ist das Chaos des heutigen Erbrechts; einige morsche Überreste aus längst vergangenen Zeiten, drauf einiges Flickwerk unzusammenhängend und gedankenlos angebracht, die Hauptsache aber muß die Kautelarjurisprudenz schaffen, die von wenigen auch nur bemerkt, von niemand gewürdigt, die schwere aber fruchtbare Aufgabe übernommen hat, in diesem Wirrsal den Bedürfnissen des Lebens einen gangbaren Weg zu bahnen.

Es kann sich hier nur darum handeln, den großen, ewigen, organisatorischen Grundvorwurf eines jeden Erbrechts mit einigen wenigen Strichen zu zeichnen. Das Haupt der Familie, die Seele aller ihrer Unternehmungen, die den Seinigen Brot und zum Teile auch einen Wirkungskreis geboten haben, ist heimgegangen. Wie soll sein Werk fortgesetzt werden? Was soll mit all dem geschehen, was sein Geist belebte und sein starker Arm zusammenhielt? Jedes wirtschaftliche Unternehmen ist ein Verband, der Bauernhof und die Fabrik, das Kaufhaus und das Bergwerk; geordnet und geregelt sind darin nicht bloß die Menschen, sondern auch die Sachen, alles so zu einem Ganzen zusammengefügt, wie es am besten den wirtschaftlichen Zwecken des Unternehmens dienen kann. Auseinandergerissen oder in „ideelle" Teile zerstückelt, behalten sie höchstens den Wert des Bruchmateriales, und unschätzbares Gut geht damit nicht bloß den Hinterbliebenen, sondern auch der Volkswirtschaft für alle Zeiten verloren. Abgesehen etwa von den Juristen, ist es vielleicht noch niemand, der sich mit diesen Dingen befaßt hat, entgangen, daß das die Sorge eines jeden tüchtigen Mannes ist, der nach einem Leben voller Arbeit an sein Ende denkt. Wie soll man es machen, daß das Zusammengehörende beisammen bleibt, und in jedem wirtschaftlichen Körper, den er geschaffen hat, der richtige Mann an den richtigen Ort kommt, seine Stellung und seine Aufgabe ihm richtig zugemessen wird? Und nun muß man es erlebt haben, wie die Sache nach seinem Tode ausschaut, wenn sie den Juristen in die Hände gerät, wie da alles ihm entgegenarbeitet, die ganze juristische πολυπραγματεία der Gesetzbücher, der Anwälte, der Notare und der Gerichte, mit welch emsiger Beflissenheit seine Absichten durchkreuzt, jedem Unverstand und bösen Willen die Waffen für ein Zerstörungswerk geliefert werden. Aber das alles verschwindet neben der unendlich gründlicheren Arbeit, die dann geleistet wird, wenn eine letztwillige Erklärung fehlt, oder gar, wenn die Aufsicht über die Pflegebefohlenen den Behörden erhöhte Machtmittel an die Hand gibt. Gewiß ist dort, wo die Vergangenheit vorgedacht hat, im

Erbrecht der regierenden Häuser, des Adels, der Bauernschaft, zuweilen allerdings unter heftigem Widerstand der Juristen, doch manches erhalten und manches wiederaufgerichtet worden; aber wie selten sind das lebensfähige Setzlinge, um wie viel häufiger hoffnungslose Reste. Nur ahnungsweise ist man sich der Aufgabe bewußt worden, ein Erbrecht zu schaffen, das den vielgestaltigen und eigenartigen Bedürfnissen des modernen Lebens Rechnung trägt. Dafür fehlen zurzeit allerdings fast alle Voraussetzungen. Die erste Arbeit hätte die Wissenschaft zu leisten; es müßte zunächst all das lebende Recht, das in den letztwilligen Anordnungen, den elterlichen Erbteilungen, Vermögensübergaben bei Lebzeiten, Erbenauseinandersetzungen, enthalten ist, durchforscht und auf seine leitenden Gedanken geprüft werden. Am ehesten findet sich im Schweizerischen Zivilgesetzbuch etwas davon.

Soweit das Recht eine innere Ordnung gesellschaftlicher Verbände ist, ergibt sich sein Inhalt mit unbedingter Notwendigkeit aus dem Aufbau der Verbände und ihrer Wirtschaftsweise. Jeder Wandel in Gesellschaft und Wirtschaft zieht daher einen Wandel im Recht nach sich, und es ist unmöglich, die rechtlichen Grundlagen beider zu ändern, ohne daß auch eine Änderung in Wirtschaft und Gesellschaft einträte; sind die Rechtsänderungen willkürlich und von der Art, daß sich die Wirtschaft ihnen nicht anzupassen vermag, dann wird eben ihre Ordnung ohne einen Ersatz zerstört. Der Bauer vermag nur so lange auf seiner Scholle die Güter zu erzeugen, die er braucht, um nicht nur sich, sondern die andern Klassen der Gesellschaft mit Rohstoffen zu versehen, als ihm die Rechtsordnung den Ertrag seiner Arbeit wenigstens zum großen Teile gewährleistet. Wollte daher etwa eine den Staat unumschränkt beherrschende Klasse dem Bauer gewaltsam eine Rechtsordnung aufdrängen, die ihn zwingen würde, ihr alles, was er einheimst, auszuliefern, so würden die Bauernhöfe veröden, und den Mächtigen im Staate würden bald auch die Mittel ausgehen, sowohl um den Staat zu erhalten, als auch, um ihre eigene wirtschaftliche Stellung zu wahren. Es haben daher sogar fremde Eroberer sich immer damit begnügt, die Bauern in ihre Hörigen und Pächter zu verwandeln, haben ihnen aber stets von ihrem Besitz und Arbeitsertrage wenigstens soviel gelassen, als sie zur Fortsetzung ihres Wirtschaftsbetriebes unumgänglich brauchten.

Durchaus in demselben Sinne, wie das Staatsrecht und das Körperschaftsrecht, ist also das ganze Privatrecht, soweit es organisatorischen Inhalts ist, ein Sozialrecht. Sein Gegenstand sind immer die menschlichen Gemeinschaften: es regelt die Stellung des Einzelnen in der arbeitenden Menschengruppe und das Verhältnis der Menschengruppe zu ihrem Werkzeug. Ebenso wie das Staatsrecht und das Körper-

schaftsrecht schafft auch das Privatrecht vor allem Verbände, nicht Einzelrechte und Pflichten, und wenn sich in der organisierten Gemeinschaft auch für den Einzelnen „Individualbereiche“ ergeben, so tritt das als Reflexwirkung der Organisation im öffentlichen Rechte und im Körperschaftsrechte nicht weniger als im Privatrechte ein. Daß der Verband hier nicht auf Verfassung oder Satzung, sondern auf Sachenrecht, Vertrag und Familienordnung beruht, darf uns diese große Wahrheit nicht verschleiern, da doch Sachenrecht, Vertrag und Familienordnung hier offenbar dasselbe leisten, wie anderwärts Verfassung oder Satzung. Wirklichen „Individualbereich“ nicht bloß im juristischen, sondern auch im soziologischen und wirtschaftlichen Sinne mag wohl ein Einsiedler haben, nicht aber ein Mensch, der mit Menschen lebt; Einzelrechte im wirtschaftlichen und soziologischen Sinne bestehen wohl an wirtschaftlich bedeutungslosen Gebrauchs- und Verbrauchsgegenständen, etwa an Kleidern, Schmuck, an einer Brieftasche oder an Briefpapier; aber schon bei der Wohnungseinrichtung ist, abgesehen von ganz alleinstehenden Männern und Frauen, der Gemeingebrauch der Familie vorhanden. Und selbst die wirklichen Einzelrechte sind zugleich mindestens ebenso Sozialrechte, wie der Rechtsanspruch des Gemeindegenossen auf Mitbenützung der Gemeindeweide oder des Mitglieds eines Lesevereins auf die Bücher und Zeitschriften. Indem sie dem Einzelnen den Besitz dieser Gegenstände gewährleistet, und es ihm überläßt, darüber ganz nach seinem Belieben zu verfügen, regelt die Gesellschaft deren Gebrauch und Verbrauch; das Eigentum, das sie dem einzelnen einräumt, ist nur ein Ergebnis dieser gesellschaftlichen Ordnung. Der Einzelne hat es als Angehöriger einer geordneten Gemeinschaft, die das Eigentum achtet und schützt, ohne sich bei gewissen Gegenständen weiter darum zu kümmern, wie es verwertet wird. Daß die menschliche Gemeinschaft selbst den Einzelgebrauch und Verbrauch anders und viel eingehender regeln könnte, als es heute geschieht, davon werden wir uns vielleicht früher überzeugen, als es uns lieb sein dürfte, sobald die schon jetzt drohende Erschöpfung der Naturschätze in greifbare Nähe gerückt sein wird. Wo die Gesellschaft dem Einzelnen tatsächlich ein „Individualbereich“ freiläßt, da sieht sie grundsätzlich von jedem Eingriff ab. So ist das Innenleben des erwachsenen Menschen sein „Individualbereich“; es gehört daher der Kunst, der Religion und der Philosophie, nicht aber dem Rechte und auch nicht den außerrechtlichen, gesellschaftlichen Normen an.

Die rechtlichen Verbände der menschlichen Gesellschaft sind daher in der Hauptsache: der Staat mit seinen Behörden, die Familie und die andern Körperschaften, Genossenschaften und Gemeinschaften mit oder ohne juristische Persönlichkeit, die durch den Vertrag und das

Erbe geschaffenen Verbände, insbesondere auch die Volkswirtschaft und die Weltwirtschaft. Besitz und Eigentum, die für die soziologische Betrachtung einigermaßen als Wechselbegriffe gelten können, dingliche Rechte und obligatorische Ansprüche schaffen die innere Ordnung dieser Verbände. Das ist der Anteil des Rechts an der Ordnung des politischen, geistigen, wirtschaftlichen und geselligen Lebens der heutigen Gesellschaft. Damit ist allerdings der ganze Stoff des Rechts nicht erschöpft, aber das ist alles, was im Rechte unmittelbar regelnde und ordnende Bedeutung hat. Es gibt jedoch außerdem auch ein Recht, das die Verbände nicht unmittelbar regelt und ordnet, sondern bloß vor Angriffen schützt, dieses schließt sich als eine Art zweiter Ordnung an die gesellschaftlichen Verbände an, es hält sie aufrecht und festigt sie, gestaltet sie aber nicht. Das gilt von dem Verfahren vor den Gerichten und andern Behörden. Denn dieses ist nur ein Teil der Ordnung der Behörden, die zum Schutze gesellschaftlicher Einrichtungen berufen sind: es ist ohne unmittelbaren Einfluß auf die Gesellschaft. Das gilt auch vom Strafrecht, denn dieses schafft keine gesellschaftlichen Einrichtungen, es schützt nur Güter, die in der Gesellschaft bereits vorhanden sind, Einrichtungen, die sich bereits in der Gesellschaft zur Geltung gebracht haben. Das gilt endlich von allen Bestimmungen des materiellen Privatrechts, die bloß den Rechtsschutz betreffen; sie schaffen, ebenso wie das Strafrecht, weder Güter noch gesellschaftliche Einrichtungen, sie regeln nur bei den bereits vorhandenen den Schutz der Gerichte und der Behörden. Diese Normen sind nicht als innere Ordnung in den gesellschaftlichen Verbänden selbst, sondern im Juristenrechte oder staatlichen Rechte entstanden. Ausschließlich staatliches Recht sind alle Monopolrechte, insbesondere die Bannrechte, nicht minder die Urheberrechte. Sie bestehen in einem an alle dem staatlichen Willen Unterworfenen, mit Ausnahme des Berechtigten, gerichteten Verbot, sich in einer bestimmten Richtung zu betätigen. Normen ähnlicher Art sind übrigens zuweilen auch aus dem Juristenrechte hervorgegangen.

Und nun muß endlich die auf die bisher sehr wenig beachtete Bedeutung der außerrechtlichen Normen für die innere Ordnung der Verbände hingewiesen werden. Es ist nicht richtig, daß die Rechtseinrichtungen ausschließlich auf den Rechtsnormen beruhen. Sittlichkeit, Religion, Sitte, Anstand, Takt, ja sogar guter Ton und Mode ordnen nicht bloß die außerrechtlichen Beziehungen, sie greifen auf Schritt und Tritt auch in das Rechtsgebiet ein. Kein einziger der rechtlichen Verbände könnte allein durch Rechtsnormen bestehen, sie bedürfen fortwährend der Unterstützung außerrechtlicher Normen, die ihre Kraft verdoppeln und ergänzen. Erst das Zusammenarbeiten der gesellschaftlichen

Normen jeder Art gibt uns ein vollständiges Bild des gesellschaftlichen Mechanismus.

Es genügt, um sich davon zu überzeugen, ein Blick auf all das, was täglich um uns herum geschieht. In keinem Staate wäre auf die Länge eine Regierung möglich, die sich ausschließlich an das Recht hielte; selbst Macchiavelli empfiehlt seinem Principe, gewisse Grundsätze der Sittlichkeit, Religion, Sitte und Ehre, des Anstandes und des Taktes wenigstens äußerlich zu wahren. Auch jede Behörde würde außer Rand und Band geraten, wenn für sie das Recht zur einzigen Richtschnur würde; für den Staatsbeamten ist es geradezu Amtspflicht, im Verkehre mit den Amtsgenossen und nach außen sich nicht nur an die Rechtsregel zu halten, sondern auch die Gebote der Sittlichkeit, der Sitte, der Ehre, des Anstandes und des Taktes zu beachten. Gewiß gibt es keine andere Einrichtung des öffentlichen Lebens, wo so vieles durch organisatorische Rechtsnormen geregelt wäre wie das Heer, und doch kann selbst dieses reich ausgebildete Recht nicht genügen; man weiß, wie sehr gerade im Heere der organisatorische Wert von Sittlichkeit, Sitte, Religion, Ehre, Anstand, Takt, ja sogar des guten Tones und der Mode gewürdigt wird. In der Tat, die Beispiele aus der Vergangenheit zeigen, daß ein Heer, das nichts als Rechtsnormen kennt, nur ein außer der Gesellschaft stehender, durch barbarische Disziplin zusammengehaltener Haufen werden kann. Das wohl allen gesitteten Völkern bekannte Wort: parlamentarischer Anstand, beweist hinreichend die Rolle außerrechtlicher Normen in den öffentlichen Vertretungskörpern; hier wurden sie auch als Konventionalregeln am frühesten zum Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchung.

Ist es anders im Familienrechte und Vermögensrechte? Eine Familie, deren Angehörige sich gegenseitig auf den Rechtsstandpunkt stellen, ist in den meisten Fällen als gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Verband bereits zerfallen: rufen sie den Richter an, so gehen sie auch schon auseinander. Das Verbot des Rechtsmißbrauchs (Chicane) beweist, daß selbst dingliche Rechte nicht ohne Rücksicht auf außerrechtliche Normen ausgeübt werden dürfen; und im guts- und wohnungsnachbarlichen Verhältnis wird noch darüber hinaus auch die übliche Beachtung von Sittlichkeit, Sitte, Anstand, Takt und gutem Ton verlangt. Die Verträge sollen so ausgelegt und erfüllt werden, wie es Treu und Glauben und die Rücksicht auf Verkehrssitte gebieten: es kommt also dabei außer der Rechtsregel, außer dem Sinn- und Wortlaut des Vertrages, noch vieles andere in Betracht.

Und doch fordert das Leben viel mehr, als selbst der weitherzigste Jurist auf Grund der guten Treue und Verkehrssitte zubilligen könnte. Es gibt vielleicht kein anderes Vertragsverhältnis, das so sehr seines außerrechtlichen Inhalts entkleidet wäre, wie die großstädtische Miete;

trotzdem wird sogar hier der „anständige Hausherr“ und die „anständige Partei“ recht hoch veranschlagt: diese beiden Ausdrücke sind in Wien üblich, die Sache selbst ist zweifellos überall vorhanden. Aber schon beim Pachtvertrage jeder Art kommt es auf die persönlichen Eigenschaften beider Teile oft sogar viel mehr an, als auf den Vertragsinhalt. Kein geschäftskundiger Mann schließt einen Pachtvertrag, ohne sich nach den persönlichen Eigenschaften des andern Teiles eingehend erkundigt zu haben; diese sollen ihm die Gewähr geben, daß er vom andern Teile erwarten darf, er werde sich auch an die im Pachtverhältnisse üblichen außerrechtlichen Normen halten. Im Dienst- und Lohnvertrage tritt die organisatorische Bedeutung außerrechtlicher Normen besonders klar zutage. Beim Unternehmer und allenfalls seinem Bevollmächtigten macht eine gewisse Mischung von festem Bestehen auf seinem Rechte mit einem Gefühl für Sittlichkeit, Sitte, Anstand, Ehre nnd Takt den Hauptteil der Fähigkeit aus, die man gemeiniglich als „organisatorisches Talent“ bezeichnet; fehlt es daran, so ist der Vertrag auch für Arbeiter und Angestellte entwertet. Andererseits könnte kein Unternehmer mit Leuten arbeiten, die nur den Rechtsstandpunkt kennen, und solche Leute würden auch untereinander nicht auskommen können, das Unternehmen wäre „desorganisiert“. Am frühesten und am deutlichsten wurde der Einfluß der außerrechtlichen Normen auf den Inhalt der Kreditverträge anerkannt: sie scheiden die sittlich unanfechtbare Kapitalanlage von dem immer sittlich, in der Regel auch rechtlich, verpönten Wucher. Obwohl im kaufmännischen Verkehre angeblich stets kaufmännische Strenge walten soll, so wird doch ein Kaufmann, der „sofort mit dem Paragraphen kommt“, sich seine Kundschaft und seine Geschäftsfreunde rasch entfremden. „Kaufmännische Sitte“, „kaufmännische Ehre“, „kaufmännischer Anstand“ haben ihren Teil am kaufmännischen Rechtsleben: ihr Inbegriff wird als Kulanz bezeichnet. In einer Zeit, da die herrschende, geschlechtliche Sittlichkeit selbst von manchen auserlesenen Geistern heftig bekämpft wird, ist es vielleicht nicht ganz überflüssig, daran zu erinnern, daß auf ihr die bisherige Familienordnung beruht. Wenn hinter den oft sehr wohlgezielten Angriffen irgend etwas steckt, so kann es nur der Gedanke sein, daß damit eine neue Familienordnung vorbereitet wird. Aber es hat keinen Sinn, zu glauben, die Familie in ihrer heutigen Gestalt werde erhalten werden können, wenn man die heutige Vorstellung von der geschlechtlichen Sittlichkeit aufgibt, ohne die sie nicht bestehen kann.

Das Recht ist daher wohl die Ordnung des staatlichen, gesellschaftlichen, geistigen und wirtschaftlichen Lebens, aber jedenfalls nicht dessen einzige Ordnung; ihm treten noch viele andere gleichwertig und in der Masse vielleicht sogar wirksamer zur Seite. In

der Tat, das Leben müßte zur Hölle werden, wäre es sonst durch nichts geregelt, als durch das Recht. Gewiß, die außerrechtlichen Normen werden nicht unverbrüchlich gehalten, aber das gilt von den Rechtsnormen in demselben Maße. Die gesellschaftliche Maschine wird fort und fort in ihrer Ordnung gestört. Wenn sie aber auch nur knarrend und stöhnend ihre Arbeit verrichtet, die Hauptsache ist doch, daß sie im Gange bleibt. Soweit wenigstens müssen ihre Normen beachtet werden, und soweit werden sie auch in jedem Lande geachtet, wo halbwegs ein geordnetes Leben vorhanden ist. Und schließlich ist ein Durchbruch der bestehenden Ordnung häufig doch etwas mehr als eine bloße zeitliche oder örtliche Unordnung; es bedeutet nicht selten auch den Heranbruch einer neuen Entwicklungsperiode.

Vergleichen wir einen Augenblick lang unsere heutige Gesellschaft und ihre Rechtsordnung mit einer sozialistischen, wie sie uns von verschiedenen Sozialisten so häufig geschildert worden ist. Beide erscheinen gewissermaßen als ungeheuere Hebewerke, die die Menschheit mit Gütern versehen sollen, deren sie bedarf, um zu leben und ihre Kräfte zu entfalten. Auch in der sozialistischen Gesellschaft wird es, ebenso wie in der unsrigen, landwirtschaftliche Betriebe, Bergwerke und Fabriken geben müssen, wo die Güter erzeugt werden; Beförderungsmittel, gleich unseren Eisenbahnen, Dampfschiffen und Fuhrwerken, die diese Güter in große Magazine und Warenhallen abliefern, wo sie, wie in unseren Lagerhäusern und Kaufmannsläden, aufbewahrt werden müßten, bis sich nach ihnen Nachfrage zeigt; endlich kleine Wirtschaften, in denen die Güter für den unmittelbaren Gebrauch zubereitet werden, wie heute in der Werkstätte des Handwerkers und auch in der Küche und Haushaltung; auch in der sozialistischen Gesellschaft werden sich überall in den landwirtschaftlichen Betrieben, Bergwerken, Fabriken, bei den Beförderungsanstalten, in den Lagerhäusern und Warenhallen, unzählige Millionen fleißiger Hände regen, um den großen Bedarf der Menschheit an Gütern zu decken, sie an Ort und Stelle zu bringen und zu verteilen. Aber über all dem wird eine allwissende und alles übersehende Behörde schweben, die den ganzen Güterbedarf im Vorhinein veranschlagt, dessen Erzeugung anordnet, die Arbeitskräfte an die Betriebsstätten weist, und das Erzeugnis dorthin leitet, wo man es brauchen wird. Eine solche Behörde hat unsere heutige Gesellschaft allerdings nicht. Das aber, was in der sozialistischen Gesellschaft diese allmächtige, weit über Menschenmaß hinausragende Behörde zustande zu bringen hätte, gibt unserer heutigen Gesellschaft das Recht selbsttätig und mit so einfachen Mitteln, wie es Familienordnung, Besitz, Vertrag und Erbrecht sind. Die Besitzer sind es, die als Unternehmer

die Betriebsstätten, die Beförderungsanstalten, die Lagerhäuser und Verkaufsläden einrichten, dort durch Lohn- und Dienstverträge die Arbeitskräfte versammeln, durch Kreditverträge die Betriebsmittel aufbringen; die Kaufleute veranschlagen den voraussichtlichen Bedarf der Menschheit an Waren und lotsen sie durch Austauschverträge dorthin, wo man sie brauchen könnte. Und das alles geschieht gewiß nicht ohne erhebliche Fehler, Reibungen und Widerstände, aber gewiß viel glatter und mit weniger Kraftaufwand, als es die beste rein bürokratische Behörde zu bewirken vermöchte. Besitz, Eigentum, dingliche Rechte, Vertrag, Erbe, für den Verbrauch auch die Familie, verrichten in unserer Gesellschaft fast automatisch das, was in einer sozialistischen ein unübersehbares Netz bürokratischer Behörden leisten müßte.

IV.

Gesellschaftlicher und staatlicher Normenzwang.

Eine gegenwärtig sehr verbreitete, auf verschiedene Quellen zurückgehende Lehre sucht den Ursprung der Rechtsnormen, zuweilen auch der andern gesellschaftlichen Normen, insbesondere der Sittlichkeit, durch die Macht der leitenden Kreise der Gesellschaft zu erklären, von denen sie in ihrem eigenen Interesse gesetzt und aufrecht erhalten würden. Aber die Macht über Menschen kann man dauernd nur dadurch erhalten und ausüben, daß man sie in Verbände einigt und ihnen im Verbande die Regeln des Handelns vorschreibt, also organisiert. So aufgefaßt würde die Lehre mit der hier dargelegten übereinstimmen, der zu Folge die gesellschaftlichen Normen nichts anderes sind, als die Ordnung in den menschlichen Verbänden. Wenn aber behauptet wird, die leitenden Kreise der Verbände stellten die Regeln des Verhaltens für die übrigen Angehörigen ihres Verbandes ausschließlich im eigenen „Interesse" auf, so ist das nichtssagend oder unrichtig. Der Mensch handelt immer im eigenen Interesse, und wem es gelingen sollte, die Interessen, die den Menschen im Handeln bewegen, erschöpfend anzugeben, der würde nicht nur die Frage des Normenzwanges, sondern so ziemlich auch alle anderen Fragen der Gesellschaftswissenschaft gelöst haben. Dagegen ist es ganz unrichtig, das Interesse der leitenden Kreise in den menschlichen Verbänden mit dem Interesse des ganzen Verbandes oder der übrigen am Verbande Beteiligten in Widerspruch zu bringen. Bis zu einem gewissen Grade muß das Interesse der leitenden Kreise mit dem Interesse des ganzen Verbandes oder wenigstens der Mehrheit der Verbandsangehörigen übereinstimmen, da sonst die anderen den von den leitenden Kreisen ausgehenden Normen nicht folgen würden. Es wird kaum je gelingen, eine Menschenmenge für irgend ein Ziel zu gewinnen, ohne daß jeder Einzelne wenigstens eine dunkle Empfindung hätte, daß das Ziel, wenn erreicht, allen zugute kommen wird. Und ganz unbegründet ist diese Empfindung nie. Die Ordnung im Verbande mag, abstrakt genommen, eine schlechte sein, gewährt vielleicht den Leitern ungebührliche Vorteile, legt den andern schwere Lasten

auf, aber sie ist immer besser, als gar keine; und daß keine bessere Ordnung vorhanden ist, ist stets ein zwingender Beweis, daß die Gesellschaft bei ihrer gegebenen geistigen nnd sittlichen Verfassung und bei ihren wirtschaftlichen Vorräten unfähig war, sich eine bessere Ordnung zu schaffen.

Die Frage ist also, wodurch die gesellschaftlichen Verbände den Einzelnen, der zu ihnen gehört, veranlassen, ihre Normen zu befolgen. Es gibt gewiß nichts Unpsychologischeres, als die so verbreitete Vorstellung, die Menschen vergreifen sich nur deswegen nicht an fremdem Eigentum, weil sie das Strafgesetz fürchten, zahlen nur deswegen ihre Schulden, weil sonst der Gerichtsvollzieher droht. Auch wenn alle Strafgesetze ihre Kraft verlieren — und wie oft war das im Kriege und bei innern Unruhen zeitweilig der Fall — ist es doch immer nur ein geringer Teil der Bevölkerung, der sich an Mord, Raub, Diebstahl und Plünderung beteiligt, und in ruhigen Zeiten erfüllen die meisten Menschen die übernommenen Verpflichtungen ohne an den Zwangsvollstrecker zu denken. Daraus folgt gewiß nicht, daß die große Mehrzahl der Menschen sich nur aus innerm Antrieb den Normen fügt; aber das folgt doch daraus, daß die Furcht vor Strafe und Zwangsvollstreckung nicht das Einzige ist, was sie dazu bestimmt, ganz abgesehen davon, daß es ja gesellschaftliche Normen genug gibt, bei denen dem Übertreter weder Strafe noch Zwangsvollstreckung droht, und die trotzdem nicht ohne Wirkung bleiben.

Der Zwang ist nicht eine Eigentümlichkeit der Rechtsnorm. Die Normen der Sitte, der Sittlichkeit, der Religion, des Taktes, des Anstandes, des guten Tones und der Mode hätten gar keinen Sinn, wenn nicht von ihnen ein gewisser Zwang ausginge. Auch sie sind die Ordnung in den menschlichen Verbänden, auch sie haben die Aufgabe, die Einzelnen, die dem Verbande angehören, in diese Ordnung zu zwingen. Jeder Normenzwang beruht aber darauf, daß der Einzelne nie wirklich ein „Einzelner“ ist; er ist so sehr in eine Reihe von Verbänden eingereiht, eingegliedert, eingebettet, eingekeilt, daß für ihn das Dasein außerhalb dieser unerträglich, häufig sogar unmöglich wäre. Es handelt sich hier um grundlegende Tatsachen des Gemüts- und Gefühlslebens. Die seelischen Bedürfnisse der landläufigen Dutzendkreatur, die doch überall auf der Welt die geschlossene Mehrheit bildet, darf man allerdings nicht allzu hoch veranschlagen; aber trotzdem sind Vaterland, Heimat, Religionsgemeinschaft, Familie, Freundeskreis, gesellschaftliche Beziehungen, politische Parteizugehörigkeit, für Niemand bloße Worte. Über das eine oder das andere werden sich die meisten leicht hinwegsetzen, aber es gibt gewiß nur sehr wenige die nicht einen Kreis hätten, an dem sie mit ihrem ganzen Herzen hingen. In seinem Kreise sucht jeder Stütze in der Not, Trost im

Unglück, sittlichen Halt, gesellschaftlichen Anschluß, Anerkennung, Ansehen, Ehre; sein Kreis gewährt ihm also im Grunde genommen alles, worauf er im Leben Wert zu legen pflegt. Aber die Bedeutung dieser Verbände beschränkt sich nicht auf diese moralischen Unmeßbarkeiten; denn sie geben auch den Ausschlag für den Erfolg in Beruf und Erwerb. Andererseits ziehen uns Beruf und Erwerb wieder in eine Reihe von Berufs- und Erwerbsverbänden hinein.

Wir leben daher alle inmitten zahlloser, mehr oder minder fester, zuweilen auch ganz loser Gemeinschaften, und unser menschliches Schicksal wird in der Hauptsache davon abhängen, welche Stellung wir uns darin zu erringen vermögen. Offenbar müssen dabei Dienst und Gegendienst einander gegenüberstehen. Die Gemeinschaften könnten unmöglich jedem einzelnen ihrer Angehörigen etwas bieten, wenn nicht jeder einzelne seinerseits gleichzeitig ein Gebender wäre. Und in der Tat, alle diese Gemeinschaften, sie mögen organisiert sein oder nicht, sie mögen Vaterland, Heimat, Wohnort, Religionsgenossenschaft, Familie, Freundeskreis, Geselligkeit, politische Partei, Erwerbsgesellschaft, Kundschaft heißen, sie alle verlangen etwas dafür, was sie für uns leisten, und die gesellschaftlichen Normen, die in dieser Gemeinschaft herrschen, sind nichts, als der allgemeingültige Niederschlag der Ansprüche, die sie an den Einzelnen stellen. Wer auf Rückhalt in seinem Kreise angewiesen ist — und wer sollte es nicht? —, tut daher gut, sich seinen Normen wenigstens im großen und ganzen zu fügen. Jeder Zuwiderhandelnde muß damit rechnen, daß sein Verhalten den Zusammenhang mit den Seinigen lockern wird; wer sich beharrlich widersetzt, der hat selbst die Bande gelöst, die ihn mit seinen bisherigen Genossen verknüpften, er wird allmählig verlassen, gemieden, ausgeschlossen. Hier, in den gesellschaftlichen Verbänden, fließt also die Quelle der zwingenden Gewalt aller gesellschaftlicher Normen, des Rechts nicht mehr als der Sittlichkeit, der Sitte, der Religion, der Ehre, des Anstandes, des guten Tones, der Mode, wenigstens soweit es sich um das äußere Befolgen der Gebote handelt. Was insbesondere den guten Ton und die Mode betrifft, so hat diese ihre Natur schon vor vielen Jahren Jhering in zwei in der Berliner „Gegenwart“ erschienenen Aufsätzen: Das soziale Motiv der Mode und Das soziale Motiv der Tracht, dargelegt, sie sind später mit einigen Kürzungen und Änderungen in seinen Zweck im Rechte aufgenommen worden. Guter Ton und Mode sind die Normen eines bevorrechteten gesellschaftlichen Kreises und die äußern Zeichen der Zugehörigkeit; wer aufgenommen werden und die Vorteile genießen will, muß sie kennen und befolgen.

Der Mensch handelt daher dem Rechte gemäß in erster Linie, weil ihn gesellschaftliche Zusammenhänge dazu nötigen. In dieser

Beziehung unterscheidet sich die Rechtsnorm nicht von anderen Normen. Der Staat ist nicht der einzige Zwangsverband, es gibt ihrer in der Gesellschaft zahllose, die viel kräftiger zu fassen wissen, als er. Einer der kräftigsten unter diesen Verbänden ist heute noch die Familie. Die modernen Gesetzgebungen versagen in immer wachsendem Umfange dem Urteil auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft die Vollstreckbarkeit. Würde man aber selbst das ganze staatliche Familienrecht aufheben, die Familien würden deswegen gewiß nicht viel anders aussehen als heute, das Familienrecht bedarf eben des staatlichen Zwanges glücklicherweise nur selten. Der Arbeiter, der Angestellte, der Beamte, der Offizier, sie alle kommen ihren vertragsmäßigen und Berufspflichten, wenn schon nicht aus Pflichtgefühl, so doch deswegen nach, weil sie in ihren Stellungen bleiben, vielleicht auch in bessere gelangen wollen; dem Arzt, dem Anwalt, dem Handwerker, dem Kaufmann liegt es daran, dadurch, daß sie ihre Verträge peinlich erfüllen, ihre Kundschaft zu befriedigen, sie zu erweitern, allenfalls auch ihren Kredit zu befestigen. An Strafe und Zwangsvollstreckung denken sie zu allerletzt. Es gibt große Kaufmannshäuser, die grundsätzlich in ihren Geschäftsverbindungen nicht klagen, und sich, wenigstens in der Regel, nicht klagen lassen, sondern selbst einen ungerechtfertigten Anspruch voll befriedigen. Zahlungsverweigerung und leichtfertige Forderungen erwidern sie, indem sie die Geschäftsverbindung abbrechen: so sehr genügt ihnen ihre eigene Machtstellung, so wenig sind sie auf gerichtlichen Rechtsschutz angewiesen. Auch sonst werden von gesellschaftlich höher stehenden Personen Rechtsstreitigkeiten, etwa mit Bediensteten, Angestellten, Arbeitern, Handwerkern im allgemeinen nicht geführt; vor Ungebühr sind sie durch ihren gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Einfluß hinreichend geschützt. Die englischen Trade Unions haben jahrzehntelang jede staatliche Anerkennung abgelehnt und damit auf den Rechtsschutz bewußt und absichtlich verzichtet: sie sind dabei offenbar nicht schlecht gefahren. Die modernen Trusts und Kartelle besitzen ein ganzes System von Zwangsmitteln, durch die sie ihre gerechten und oft genug auch ganz ungerechtfertigten Ansprüche gegen jeden durchsetzen, der in ihr Machtbereich gerät, ohne je die Staatsgewalt oder die Gerichte anzurufen. In der von der österreichischen Regierung einberufenen Enquete über das Eisenkartell erklärte eines von dessen Häuptern, Direktor Kestranek: für ihn sei es von untergeordneter Bedeutung, ob das Eisenkartell rechtswirksam sei, da die Vereinbarungen, obgleich sie nicht rechtskräftig sind, doch so gehalten werden, als ob sie es wären: „Die Eisenindustriellen sind eben Menschen, die Verträge halten, auch wenn sie nicht rechtskräftig sind.“ Er hätte hinzufügen können, daß der einzelne Eisenindustrielle in den meisten Fällen

dazu mit so wirksamen Mitteln gezwungen werden kann, wie sie kaum einem staatlichen Gerichte zur Verfügung stehen. Aber auch für die Arbeiter wäre eine rechtliche Verbindlichkeit ihrer gewerkschaftlichen Vereinbarungen von keiner großen Bedeutung, da sie von ihnen doch so gehalten werden, als ob sie rechtsverbindlich wären, zum großen Teile aus ähnlichen Gründen wie von den Eisenindustriellen. Freund und Feind bewundern das feste Gefüge, das die katholische Kirche auch in ihrer rechtlichen Ordnung allenthalben zeigt, und doch ist das Kirchenrecht nur zum geringen Teile, und wo die Kirche vom Staat getrennt ist, gar nicht durch staatliche Zwangsmittel gewährleistet, der ganze Bau ruht vorwiegend, und auf weiten Gebieten sogar ausschließlich, auf gesellschaftlicher Grundlage. In Frankreich wird seit dem Trennungsgesetze die Kirchensteuer auch von ungläubigen Katholiken gewissenhaft bezahlt. Der Exekution durch soziale „Interessengruppen" hat der der Wissenschaft leider so früh entrissene Nothnagel seine interessante Erstlingsschrift gewidmet.

Nichts ist vielleicht besser geeignet, das Gesagte zu beleuchten, als ein Blick auf die modernen Lohnkämpfe. Jahrelang hat der Fabrikarbeiter alle Verbindlichkeiten aus dem Arbeitsvertrage auf das gewissenhafteste erfüllt. Was hat ihn dazu getrieben? War es nicht sein eigenes Pflichtgefühl, dann war es die Furcht vor der Entlassung und der Arbeitslosigkeit, die Aussicht auf besseres Fortkommen in dem Betriebe, wo er arbeitet, auf die Wertschätzung der Genossen und der Vorgesetzten. Dagegen sind gerichtliche Klage und Zwangsvollstreckung für ihn, der nichts als seiner Hände Kraft sein eigen nennt, nicht viel mehr als Worte. Nun tritt er dem soeben gegründeten Gewerkverein bei, und dieser beschließt, daß seine Mitglieder mit Nichtorganisierten nicht zusammenarbeiten dürfen. Dieser Norm versagt allerdings das Recht, das vor den staatlichen Gerichten und andern Behörden gilt, jede Rechtskraft; er aber wird sie widerspruchslos hinnehmen, denn sie geht von einem Verbande aus, mit dem er auf das Innigste zusammenhängt. Und als seine Genossen infolge dieses Beschlusses die Arbeit niederlegen, zögert er keinen Augenblick, sich ihnen anzuschließen und den jahrelang getreulich erfüllten Arbeitsvertrag zu brechen, sich und die Seinigen allen Gefahren der Arbeitslosigkeit auszusetzen: Not und Elend, die der Entlassung folgen, haben jetzt für ihn alle Schrecken verloren, die Kraft der Vertragsnorm, die doch eine erzwingbare Rechtsnorm ist, wird durch eine andere Norm vollständig gelähmt. Der Ausstand hat alle Unternehmer und alle Arbeiter dieses Geschäftszweiges in zwei kriegführende Heere gespalten, und in beiden Lagern werden die Befehle der Führer blind befolgt, obwohl sie rechtlich zweifellos nicht erzwingbar sind. Endlich kommt der Friedensschluß, der Tarifvertrag, zustande. Ob ein

solcher klagbar sei, ist ja bekanntlich fast immer bestritten und in den meisten Fällen wird er sich vor Gericht nach geltendem Rechte kaum behaupten können. Aber darauf kommt es gar nicht an. Er wird trotzdem von beiden Teilen unverbrüchlich gehalten werden, auch von den Unternehmern, die ihn nicht unterschrieben haben, auch von den Arbeitern, die erst viel später, nachdem der Vertrag abgeschlossen worden ist, in Arbeit getreten sind. Denn jetzt ist der Tarifvertrag Grundlage der Ordnung der Arbeit in diesem Geschäftszweige, und so wenig die Parteien mit ihm zufrieden sein mögen, so wissen sie doch, daß selbst diese schlechte Ordnung noch immer viel besser ist, als ein ewiger Kampf.

Es gibt allerdings Formen des Zwanges, die, wenn auch nicht ausschließlich, so doch ganz überwiegend der Rechtsnorm eigentümlich sind: Strafe und Zwangsvollstreckung. Welche Bedeutung haben diese beiden Formen? Sind sie es wirklich, die erst der Rechtsnorm ihre ganze Kraft verleihen, wie man gewöhnlich annimmt? Wäre das Recht ohne Zwang, genau gesprochen, ohne Straf- und Vollstreckungszwang, wirklich nur ein Feuer, das nicht brennt, wie Jhering meint? (es gibt übrigens viele Arten von Feuer, die nicht brennen). Um diese Fragen erschöpfend zu beantworten, wäre wohl eine eingehende Untersuchung der Wirkungen des Straf- und Vollstreckungszwanges notwendig, aber schon ein flüchtiger Blick aufs Leben genügt, um zu überzeugen, daß es auf beide im allgemeinen nur in einem sehr beschränkten Maße und nur in ganz bestimmten Richtungen ankommt. Scheidet man die Fälle aus, wo Gerichte und andere Behörden deswegen angerufen werden, weil die Rechts- oder Tatfrage streitig ist, wo es sich also nicht darum handelt, das Recht zwangsweise durchzusetzen, sondern zu zeigen, was Rechtens ist, so ergibt sich, daß Straf- und Vollstreckungszwang, wenigstens als Massenerscheinungen, und nur um diese kann es sich hier handeln, nur in sehr geringem Umfange und nur so weit wirksam werden, als die andern Zwangsmittel der gesellschaftlichen Verbände aus irgendeinem Grunde versagen.

Bei der Strafe zeigt schon die Strafstatistik, wie viel sie zu bedeuten hat. Gewiß kommen Straffälle in allen gesellschaftlichen Kreisen vor. Sieht man aber von minderwertigen Personen ab, bei denen gesellschaftliche Hemmungen wirkungslos sind, sieht man ab von einigen Übeltaten, bei denen die gesellschaftlichen Einflüsse aus dem Grunde zurücktreten, weil sie als solche die gesellschaftliche Stellung nicht berühren (Beleidigung, Zweikampf, politische Verbrechen, bei einem Teile der deutschen Bauernschaft auch Körperverletzung), sieht man nicht auf vereinzelte Fälle, sondern auf die große Masse des Tagewerkes, das die Strafgerichte verrichten, so ist es klar, daß das Strafrecht sich fast ausschließlich gegen die richtet,

die ihre Abkunft, wirtschaftliche Not, vernachlässigte Erziehung oder sittliche Verwahrlosung aus den menschlichen Gemeinschaften ausgeschlossen haben. Nur bei diesen Ausgestoßenen daher tritt der letzte, weiteste Verband, der auch sie noch umfaßt, der Staat mit seiner Strafgewalt, ein. Hier schützt der Staat als Organ der Gesellschaft die Gesellschaft vor denen, die außerhalb der Gesellschaft stehen. Mit welchem Erfolge, das zeigt eine tausendjährige Erfahrung. Immer mehr bricht sich die Überzeugung Bahn, daß das einzige ernste Mittel gegen das Verbrechen darin besteht, den Verbrecher nach Möglichkeit wieder in die menschliche Gemeinschaft aufzunehmen und ihn so dem gesellschaftlichen Drucke aufs neue zu unterwerfen.

Verhält es sich anders mit der Zwangsvollstreckung? Es wurde bereits hervorgehoben, daß sie bei Ansprüchen auf persönliche Leistungen, etwa aus dem Dienst-, Lohn- und Werkvertrag, fast gar keine Rolle spielt: von gesellschaftlicher Bedeutung ist sie wohl nur bei Geldforderungen, also jedenfalls nur in einem kleinen Bruchteil des Rechtslebens. Und nun genügt es vielleicht die Frage aufzuwerfen, ob Geldforderungen in der Tat mit Rücksicht auf die Zwangsvollstreckung begründet werden? Denn es ist klar, daß der Gläubiger, der Kredit gewährt, dabei alles in Rechnung stellt, was den Schuldner zur Zahlung veranlassen könnte. Ein Blick auf die Organisation des Kredits lehrt aber, wie wenig es gerade beim Kreditgeschäft auf den Rechtszwang ankommt. Man darf mit vollem Grund behaupten, es gibt in einer irgendwie entwickelten Volkswirtschaft kaum eine Kreditfähigkeit, bei der mit den Aussichten einer Zwangsvollstreckung gerechnet wird. Die Prüfung der Kreditfähigkeit besteht im allgemeinen in einer ziemlich eingehenden gesellschaftlichen und psychologischen Erforschung des Kreditwerbers, für die bei der urwüchsigen Kreditgewährung die tägliche Erfahrung, bei der kaufmännischen eine weit verzweigte Organisation die tatsächliche Grundlage zu liefern hat; hat diese Prüfung ergeben, daß es zu einem Rechtsstreit oder einer Zwangsvollstreckung kommen könnte, dann ist die Frage der Kreditfähigkeit regelmäßig auch schon verneint.

Die Sicherheit des Kredits beruht auf dem Vermögen, der gesellschaftlichen Stellung, den wirtschaftlichen Bedürfnissen, den persönlichen Beziehungen und der Gesinnung des Kreditnehmers; sie alle müssen die Gewähr bieten, daß er sich seiner Verbindlichkeiten stets bewußt bleiben und ihnen nachkommen werde. Gerade der am wenigsten organisierte, der wucherische Kredit, der sich durch übermäßige Zinsen vor der Gefahr des Verlustes zu schützen sucht, rechnet am meisten darauf, daß den Schuldner sein Pflichtbewußtsein oder die Verhältnisse, unter denen er lebt, zum Zahlen veranlassen werden. In allen diesen Dingen tritt die Bedeutung der gesellschaftlichen

Verbände hervor, die der Kredit voraussetzt. Wird, was immerhin vorkommt, einem Unbekannten Kredit gewährt, so muß er doch durch sein Verhalten den Eindruck hervorgerufen haben, daß seine Stellung, seine Lage, sein Vermögen für die Kreditfähigkeit bürge. In Rom, wo jeder Kauf wegen der daran sich knüpfenden Haftungen eigentlich ein Kreditgeschäft war, wurde in der Tat, wie die Quellen zeigen, nicht leicht von einem Unbekannten gekauft.

Die Kreditfähigkeit ist daher nicht etwa der Ausdruck für die Aussichten der Zwangsvollstreckung. Sie ist vielmehr der wirtschaftliche Ausdruck für die gesellschaftlichen Zusammenhänge, auf die sich der Gläubiger bei der Kreditgewährung verläßt. Wessen Stellung nicht einige Sicherheit für die Forderung gibt, dem gewährt man nicht Kredit, man handelt mit ihm gegen bar oder gegen Pfand. Bar- und Pfandgeschäfte bestehen in Besitzübertragungen, sie setzen daher nicht bloß keine Zwangsvollstreckung, sondern nicht einmal eine Rechtsordnung voraus: Bar- und Pfandgeschäfte schließt man auch mit Wilden ab, die zum erstenmal einen Weißen gesehen haben, wenn man nur vor ihrer Gewalttätigkeit, etwa durch das Gefolge, geschützt ist. In einer gesitteten Gesellschaft wird der Besitz durch die innere Ordnung der Verbände genügend gewährleistet, und schließlich steht für ihn auch der Staat ein, der weiteste Verband, den die Gesellschaft kennt, als Organ der Gesellschaft. Bar- und Pfandgeschäfte können gerade deswegen mit jedermann abgeschlossen werden, weil sie als reine Besitzgeschäfte eine Zwangsvollstreckung nicht voraussetzen, sondern überflüssig machen sollen. Das Pfandrecht des Vermieters hat darum die wohltätige Wirkung, daß die Wohnungsmiete jedermann, ohne Rücksicht auf seine Kreditfähigkeit, offen steht; der Vermieter kann sich, wenn er den Zins nicht erhält, in den Besitz der eingebrachten Sachen des Mieters setzen und wird vom Gemeinwesen darin geschützt. In England, da es dort kein Pfandrecht des Vermieters gibt, werden daher bei der Miete (lease) references verlangt, die Bescheinigung einer persönlichen Stellung des Mieters, aus der seine Kreditfähigkeit hervorgeht. Bloß der Gastwirt, da er die Kreditfähigkeit des Mieters nicht beurteilen kann (who has no option as to the customer with whom he will deal), hat ein gesetzliches Pfandrecht (lien) an den eingebrachten Sachen des Gastes. An Stelle der Organisation des Kredits tritt also hier wieder die Sicherheit durch den Besitz in der gesitteten Gesellschaft.

Es heißt daher die Tragweite der Zwangsvollstreckung ungeheuer überschätzen, wenn in ihr, wie es insbesondere bei den Juristen so häufig geschieht, die Grundlage der Rechtsordnung erblickt wird. In ihrer Massenwirkung im vorhinein auf einen kleinen Bruchteil des Rechtslebens, die Geldforderung, beschränkt, tritt sie doch auch auf

diesem Gebiete stark zurück gegen die Wucht der gesellschaftlichen Zusammenhänge, die uns auf die Erfüllung unserer Verbindlichkeiten hindrängen. Im allgemeinen kann darüber kein Zweifel bestehen, daß der Gläubiger die Kreditfähigkeit des Schuldners richtig vorausberechnet, daß also die Gründe, die ihn bestimmen, Kredit zu gewähren, durchwegs mit denen zusammenfallen, die den Schuldner bewegen, seinen Verpflichtungen nachzukommen. In der Tat, wem irgend etwas an seinem persönlichen Ansehen, an seinem gesellschaftlichen Verkehr, seinen Geschäftsverbindungen, mit einem Worte, an seinem Kredit gelegen ist, der wird gewiß nicht einmal daran denken, es auf eine Zwangsvollstreckung ankommen zu lassen: alle diese Dinge sind für ihn viel zu wichtig, als daß er sie wegen eines augenblicklichen Vorteils gefährden möchte. Der Spieler bezahlt, bloß unter gesellschaftlichem Zwange, seine unklagbaren Spielschulden und der Durchschnitt der Menschen hat mindestens so viel Gefühl für gesellschaftlichen Zwang wie der Durchschnitt der Spieler. Selbst unklagbare Schulden aus Börsendifferenzen werden in der Regel beglichen, obwohl bei ihnen die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Folgen der Unterlassung zweifellos viel geringer sind, als bei eigentlichen Geschäftsschulden. Die allbekannte Wirkungslosigkeit der Wuchergesetze zeigt jedem am besten, daß die Bewucherten auch ohne Zwangsvollstreckung zur Zahlung veranlaßt werden können. Die Berichte der kaufmännischen Kreditorganisationen beweisen, daß die bekannten rein wirtschaftlichen Zwangsmittel (Verrufserklärung, schwarze Listen) noch dort Erfolg haben, wo die Zwangsvollstreckung ganz fruchtlos geblieben ist; ein älteres, aber immerhin noch brauchbares Material gibt Nothnagel in seinem erwähnten Buche. Ebenso wie die Strafe ist daher auch die Zwangsvollstreckung nur für die Verkommenen und Ausgestoßenen der Gesellschaft da: gegen den leichtsinnigen Schuldenmacher, den Betrüger, den Bankrotteur, endlich gegen den, der durch Unglück zahlungsunfähig geworden ist. So sehr diese auch das Geschäftsleben belasten mögen, so fallen sie doch schließlich viel zu wenig ins Gewicht, als daß man sagen könnte, der Wert der Rechtsordnung beruhe auf den Mitteln, die sie noch gegen solche Elemente gewährt.

In der Hauptsache erschöpft sich also die Wirkung der rechtlichen Zwangsordnung des Staates in dem Schutze der Person, des Besitzes und der Forderung gegen die außerhalb der Gesellschaft Stehenden. Was der Staat sonst dazu tut, um das Recht aufrecht zu erhalten, ist von viel geringerer Bedeutung, und man könnte mit Grund behaupten, daß die Gesellschaft auch ohne das nicht aus den Fugen gehen würde. Schließlich konnten Handel und Wandel zur Not in der alten polnischen Republik bestehen, sie gehen auch im heutigen Oriente

ihren Weg, obwohl die bestechliche und höchst unfähige Rechtspflege dort kaum noch diesen Namen verdient. Bis zur Gerichtsreform in den dreißiger Jahren des vorigen Jahrhunderts reichten die Wohltaten des kostspieligen und schwerfälligen englischen Zivilprozesses kaum über die sehr wohlhabende Oberschichte des englischen Bürgertums hinaus: das hinderte die Engländer nicht, gleichzeitig ein reiches und hochgesittetes Volk zu werden. Viel wirksamer war übrigens der Rechtsschutz in Deutschland und Österreich unter der Herrschaft des alten Verfahrens auch nicht. Man schränkt in solchen Verhältnissen wohl den Kredit ein, behilft sich mit fein ausgeklügelten Sicherungen, das übrige müssen aber die gesellschaftlichen Verbände leisten. Goethe, dem es nicht entgehen konnte, wie wenig das Reichskammergericht für die Rechtspflege bedeute, erklärte ganz richtig, worauf es vor allem ankommt. Bedenklicher ist es, wenn auch die Strafrechtspflege versagt. Aber Ungarn, Süditalien, Spanien beweisen, daß ein Volk sogar das Räuberunwesen jahrhundertelang vertragen kann.

Nicht bloß in den Urzeiten der Menschheit, als die ganze Gesellschaft ausschließlich aus kleinen Verbänden bestanden hatte, sondern noch viel später, ja sogar in der Gegenwart fehlt es nicht an Beispielen einer Gesellschaft, die sich nur durch die innere Ordnung ihrer Verbände aufrecht erhalten hatte. Wo die Staatsgewalt außerordentlich schwach ist, gibt es eigentlich keine andere Ordnung als diese; auf dieser haben sich auch in der Tat noch in der Neuzeit in Europa Gesellschaften aufgebaut, wie die der alten polnischen Republik, des Ungarn im XVII. und XVIII. Jahrhundert, des Königreichs Neapel, Siziliens; so ist es zum Teil auch im Orient. Im Mittelalter führte die Schwäche des Staates zu besondern Rechtsschutzverbänden und zur Commendation; in der Neuzeit finden sich ähnliche Gestaltungen in den Konfederationen des alten Polen, in der Cammorra und der Maffia in Neapel und in Sizilien. Zum Schlusse mögen die Ausführungen Nöldekes über die Araber des VI. Jahrhunderts n. Chr. angeführt werden, als Beweis, daß ein großes Volk, ja sogar eine große, reiche Handelsstadt ausschließlich durch die innere Kraft ihrer Verbände bestehen können. „Hier kommt vor allem in Betracht, daß die Araber nirgends eine Staatenbildung zeigen. Das Geschlecht, der Stamm, sind moralische Einheiten von großer Autorität, aber ohne Zwangsgewalt . . . Wer sich von einem Unternehmen des Stammes oder Geschlechts ausschließt, der mag dem Spott, ja der Verachtung anheimfallen, aber es gibt kein Zwangsmittel gegen ihn. Nur die Blutrache verbürgt die Sicherheit in gewissem Grade. Daß irgend ein anderes Verbrechen anders als durch Privatrache bestraft werde, davon habe ich keine Kenntnis. Einen Stammgenossen oder gar einen Gast zu bestehlen war schimpflich,

aber dem Bestohlenen blieb nichts übrig, als zu sehen, wie er das Gestohlene wiederkriege. Diese Zustände herrschten nicht nur bei den Beduinen, sondern auch in Städten, selbst in Mekka. Man sollte nicht glauben, daß ein Ort, dessen Bewohner sehr ausgedehnten Handel trieben, den Beduinen geistig außerordentlich überlegen waren, und sich bald darauf als Eroberer und Beherrscher der halben Welt glänzend bewährt haben, ohne eine wirkliche Obrigkeit war. Aber immer muß man betonen, daß die moralische Autorität der Angesehensten diesen Mangel leidlich ersetzte. Wenn sich die Häupter des Geschlechtes — die auf dieses auch wieder nur eine moralische Autorität ausübten — über etwas geeinigt haben, so wagte nicht leicht ein Einzelner oder eine einzelne Familie, sich davon auszuschließen; aber es kam doch auch vor." Aus der letzten Bemerkung Nöldekes ergibt sich, daß nur durch den ungemein festen, bis in die Gegenwart fortdauernden Zusammenhang der arabischen Sippen und den Rückhalt, den jeder Einzelne dadurch bei den Seinigen fand, das Dasein einer solchen Gesellschaft möglich war.

Geht man auf die Anfänge der menschlichen Gesittung zurück, so sieht man, daß die Kraft der Rechtsnorm, die noch von der religiösen, der sittlichen und der Sittennorm nicht unterschieden wird, ausschließlich oder nahezu ausschließlich auf dem Einflusse beruht, den auf jeden Einzelnen die Genossen des engern Verbands ausüben, dem er angehört. Im allgemeinen fügt sich jeder widerspruchslos seiner Familien- oder Sippenordnung. Ein eigentlicher Rechtszwang oder Strafzwang besteht kaum irgendwo gegen den engern Genossen: gegen beharrlichen Widerstand hilft man sich durch Ausschluß aus der Gemeinschaft, der als das größte Unglück gilt, von dem ein Mensch betroffen werden kann (das homerische ἀφρήτωρ, ἀνέστιος, ἀθέμιστος). Gewaltsame Rechtsdurchsetzung und gewaltsame Abwehr wird nur gegen den Fremden geübt, gegen den die Normen der eigenen Gemeinschaft keine Geltung haben. Es wäre ein Irrtum, wenn wir diese Verfassung weit hinter uns liegend glaubten. Auch heute noch, wie in den Anfängen der Rechtsentwicklung, ruht die Kraft des Rechts hauptsächlich auf dem stillen, unausgesetzten Walten der Verbände, die den Einzelnen umfassen. Auch heute noch zeigt sich auch in dieser Richtung das Recht den andern gesellschaftlichen Normen, der Religion, der Sittlichkeit, der Sitte, des Anstandes, des Taktes, des guten Tones, der Mode durchaus artverwandt. Auch heute noch ist der Ausschluß aus der Gemeinschaft (der Kirche, dem Verein, aus der Gesellschaft im gesellschaftlichen ebenso wie im juristischen Sinne), die Kreditentziehung, Verlust der Stellung, der Kundschaft das wirksamste Mittel, womit beharrliche Auflehnung bekämpft wird. Auch heute noch bedeuten Strafe und Zwangsvollstreckung, in denen der Jurist die Grundlage

jeder Rechtsordnung zu erblicken gewohnt ist, nur die äußersten Kampfmittel wider die, die aus den Gemeinschaften ausgestoßen sind, wie einst die Fehde wider den, der einer fremden Gemeinschaft angehörte.

Trotzdem bedarf noch die Tatsache einer Erklärung, daß die Kraft der gesellschaftlichen Normen so ganz allgemein auf die Zwangsgewalt des Staates zurückgeführt wird. Jeder falschen Lehre muß irgendeine richtige Beobachtung zugrunde liegen: unsere Wahrnehmungen und Empfindungen sind immer wahr, unwahr können nur die Schlüsse sein, die wir daraus ziehen. Zunächst wird ein Teil des Rechts in der Tat durch staatlichen Zwang in Geltung erhalten. Dieser Teil ist weder sehr groß noch sehr wichtig, aber er ist gerade der, der den Juristen am meisten interessiert, weil er ja erst dann mit dem Recht zu tun bekommt, wenn Zwang notwendig wird. Dann gibt es zweifellos auch Normen, die ohne Straf- und Vollstreckungszwang von den meisten nicht würden befolgt werden. Von geringerer Bedeutung sind dabei die Polizeirechtsnormen (Max Ernst Mayer), die übrigens nicht nur vom Polizei- und Strafrichter, sondern auch vom Zivilrichter gehandhabt werden. Sie gehen als Entscheidungsnormen von der Staatsgewalt aus, sind dem gesellschaftlichen Leben fremd, und werden oft erst durch die darüber erflossenen Erkenntnisse bekannt und dadurch zur Regel des Handelns. Diese Erkenntnisse erscheinen dann eigentlich als Kundmachung des Gesetzes, und die Regel: ignorantia iuris nocet zeigt sich in ihrer wirklichen Bedeutung. Wichtiger ist es, daß fast das ganze Heerwesen und wohl die ganze Steuerverfassung des modernen Staates, also gerade das, was man als Grundlage des Staatslebens zu betrachten gewohnt ist, ohne staatlichen Zwang schwerlich auch nur einen Augenblick bestehen könnte. Das bedeutet aber nur, daß der Staat und ein großer Teil der Gesellschaft zueinander in Gegensatz getreten sind. Infolge dieses Gegensatzes ist Heer- und Steuerwesen des Staates der Gesellschaft so fremd geblieben, daß sie sich ausschließlich in staatliche Veranstaltungen auflösen. Das ist jedoch wohl nur eine historische Zwischenstufe. In den antiken Stadtstaaten war das nicht der Fall. Das ganze Heerwesen und der Teil der Leistungen für den Staat, den die Bürgerschaft aufzubringen hatte, waren gesellschaftlich organisiert; und in kleinen Staatswesen ist es auch jetzt noch der Fall.

Die Auffassung des Rechts als einer Zwangsordnung beruht also darauf, daß gerade diese Bestandteile des Rechts, die nur aus dem Staat ihre Kraft schöpfen, einseitig ins Auge gefaßt werden. Das ist jedoch nicht alles. Ein gutes Stück der Auffassung hat nicht in der Betrachtung des Rechts allein, sondern des ganzen gesellschaftlichen Lebens ihren Ursprung. Man sieht den ungeheueren Gegensatz von reich und arm in der Gesellschaft, man sieht, daß auf den Armen

die ganze Schwere der gesellschaftlichen Arbeit lastet; daß sie dafür kaum das Notdürftige erhalten; daß sie durch die Rechtsordnung genötigt werden, der Gesellschaft so viel mehr zu geben, als sie von ihr empfangen, wertvollere Leistungen für minder wertvolle von ihr einzutauschen. Daß dieser Zustand von denen, die dabei so viel einbüßen, ertragen wird, schien nur begreiflich unter der Voraussetzung, daß er zwangsweise durch die Machtmittel des Staats aufrecht erhalten wird. Zu Ende gedacht ist dieser Gedanke in der sozialistischen Geschichtsphilosophie. Sie geht von der ältern wirtschaftlichen Verfassung der Menschheit aus, der Familien- und Sippenordnung, der geschlossenen Hauswirtschaft, dem handwerksmäßigen Gewerbebetrieb, bei dem eine ziemlich gleichmäßige Verteilung des ganzen Arbeitsertrages an alle bei der Arbeit Beteiligten gesichert war (Engels, Rodbertus), und zeigt, wie sich dieses Verhältnis unter dem Einflusse des Kapitalismus, zum Nachteile einer immer wachsenden Mehrheit der Besitzlosen, zum Vorteile einer immer schrumpfenden Minderheit der Besitzenden, fortwährend verschiebt (Marx). Die alte wirtschaftliche Ordnung wurde von den Vielen getragen, die dabei ihre Rechnung fanden, die neuere, die kapitalistische, werde nur durch den Staat gehalten, der eine gewaltige, kunstvolle Organisation der Besitzenden sei, zum Schutze der auf Eigentum, Vertrag und Erbrecht gegründeten Rechtsordnung. Die Sozialisten fordern daher ganz folgerichtig die Besitzlosen auf, der Organisation der Besitzenden die Organisation der großen Masse entgegenzustellen, und so eine ihnen günstigere Rechtsordnung durchzusetzen.

Wäre es richtig, daß die ganze heutige Rechtsordnung nur durch den Staat besteht, und daß dieser nichts anderes sei, als eine Organisation der kleinen und immer kleiner werdenden Minderheit der Besitzenden gegen die große Masse der Besitzlosen, so wäre der Rechtsordnung und dem Staate damit allerdings das Urteil bereits gesprochen. Die vorliegende Untersuchung hat jedoch bereits gezeigt, daß die Machtmittel des Staates zum Schutze der Rechtsordnung sich tatsächlich nicht gegen die große Masse des Volkes, sondern nur gegen eine kleine Minderheit wenden, gegen die Ausgestoßenen, außer aller gesellschaftlichen Beziehungen Stehenden. Die große Masse des Volks braucht nicht erst durch den Staat gebändigt zu werden, sie fügt sich der Rechtsordnung freiwillig, weil sie fühlt, daß es ihre Ordnung ist, die Ordnung der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Verbände, in denen jeder Einzelne von ihnen eingegliedert ist. Daher kann es unmöglich richtig sein, daß durch diese Verbände eine winzige Minderheit eine ungeheure Mehrheit ausbeute. Es widerspricht aller geschichtlichen Erfahrung und aller Massenpsychologie, daß das auf die Länge ohne fortwährende gewaltsame Ausbrüche möglich wäre. Jeder große Arbeits-

ausstand mit Vertragsbruch beweist, daß die Machtmittel des Staates lange nicht ausreichen, um Rechtsansprüche gegen hunderte oder tausende widerstrebender Menschen durchzusetzen. Wenn daher die ungeheure Mehrzahl der Menschen — und dazu gehört, wie der Augenschein lehrt, auch die ganze Arbeiterschaft — die Rechtsordnung beachtet, so wird sie jedenfalls, wenn auch nicht eine klare Einsicht, so doch ein starkes Gefühl dafür haben, daß das notwendig, in ihrem eigenen Interesse notwendig ist. Dieses Gefühl tritt auch bei jedem nicht auf politischen, sondern auf wirtschaftlichen Umsturz gerichteten Aufruhr deutlich zutage: die weitaus überwiegende Zahl stellt sich dabei auf Seiten der Staatsgewalt, und noch nie hat eine solche Bewegung auch nur soweit Erfolg gehabt, daß sie sich auf einem größern Staatsgebiete dauernd hätte behaupten können.

In der Tat, die heutige Rechtsordnung kann, da sie zugleich eine Organisation der Gütererzeugung und des Güterverkehres ist, unmöglich beseitigt werden, ohne daß dadurch den großen Massen ebenso die Daseinsmöglichkeit entzogen werden müßte, wie den kleinen Minderheiten. Diese Rechtsordnung müßte daher, wenn die menschliche Gesittung fortbestehen soll, nicht schlechthin beseitigt, sie müßte sofort durch eine andere, sozialistische, Rechtsordnung ersetzt werden können. Daß das aber jederzeit ohne weiteres möglich wäre, wird gegenwärtig wohl von keinem Urteilsfähigen, auch von keinem Sozialisten mehr behauptet. Die einsichtigen Sozialisten sprechen seit langer Zeit nur noch von einem langsamen Hineinwachsen der sozialistischen Wirtschaft in eine kapitalistische: daß übrigens auch das für eine absehbare Zukunft ausgeschlossen ist, glaube ich an anderer Stelle bewiesen zu haben (Südd. Monatshefte 3. Jahrg.). Wenn daher die heutige gesellschaftliche Ordnung trotz der großen Opfer, die sie der Mehrheit der Bevölkerung auferlegt, noch immerhin ein leidlich festes Gefüge aufweist, so verdankt sie es offenbar dem, daß keine andere in diesem Augenblicke in Frage kommt, die nicht nur für die Besitzenden, sondern auch für die Besitzlosen besseres oder auch nur dasselbe leisten könnte. Die Frage nach dem „Endziel“ darf ruhig beiseite gelassen werden: praktisch handelt es sich auch der sozialistisch gesinnten Arbeiterschaft Europas nur um eine solche Verbesserung der heutigen Rechtsordnung, die ihr einen bescheidenen, aber erreichbaren gesellschaftlichen Fortschritt gewährleistet.

Bei dem Drucke, durch den die gesellschaftlichen Verbände die Befolgung der Normen erzwingen, ist der Einzelne offenbar immer tätig und leidend zugleich; jeder Angehörige des Verbandes hat an dem Drucke seinen Anteil und jeder einzelne muß sich ihm auch fügen. Die massenpsychologische Tatsache des Normenzwanges ergibt also zugleich die einzelpsychologische Tatsache ihrer Befolgung.

Es wäre aber trotzdem unrichtig, gerade darauf den Nachdruck zu legen. Bei der großen Masse der Menschen, die sich ihr ganzes Leben lang widerspruchslos in das gewaltige Räderwerk einfügen, handelt es sich nicht um das Ergebnis eigener bewußter Gedankenarbeit, sondern um ein unbewußtes sich Einleben in die Gefühle und Gedanken der Umgebung, die sie von der Wiege bis zum Grabe begleiten. Die wichtigsten Normen wirken nur durch Suggestion. Sie treten an den Menschen als Befehle und Verbote heran, sie ergehen an ihn ohne Begründung und er folgt ihnen ohne Überlegung. Sie haben den Menschen nicht bezwungen, sondern erzogen. Sie werden ihm schon als Kind eingeprägt: ein ewiges, das tut man nicht, das schickt sich nicht, das hat Gott so befohlen, folgt ihm durch das ganze Leben. Und er beugt sich ihnen um so williger, als ihm die Erfahrung die Vorteile des Befolgens und die Nachteile des Zuwiderhandelns recht nachdrücklich vor die Augen rückt. Die Vorteile und Nachteile sind nicht nur gesellschaftliche, sondern auch individuelle, denn wer einem Befehle folgt, erspart sich die schwere Arbeit des eigenen Denkens und die noch schwerere des eigenen Entschlusses. Freiheit und Unabhängigkeit sind bloß ein Ideal des Dichters, Künstlers und Denkers; der Durchschnittsmensch ist ein Philister, der dafür nicht viel Verständnis aufbringt, er liebt das Gewohnte, Triebmässige, und haßt nichts so sehr, als geistige Anstrengung. Deswegen schwärmen die Frauen für willensstarke Männer: sie fassen für sie die Entschlüsse und lassen den Gedanken an einen Widerstand gar nicht aufkommen. Für alle Mühe, die ihnen dadurch genommen wird, sind sie ihren Männern herzlich dankbar.

So verleiht die Normenfolge schließlich dem ganzen Menschen ihr Gepräge; nicht bloß die einzelne Handlung, er selbst wird durch sie rechtlich, sittlich, gläubig, an der Sitte festhaltend, anständig, taktvoll, ehrenhaft, manierlich, modern. Er beugt sich den Normen aus Überzeugung und das gibt seinen Handlungen die Stetigkeit; der gesellschaftliche Druck, den die Normfolge in jedem einzelnen Falle ausübt, kann nicht mehr durch andere Einflüsse überwunden werden, sobald er die Gesinnung des Menschen geformt hat. Die gesellschaftlichen Normen gestalten die individuelle Eigenart.

Es wäre vielleicht nicht ganz unzweckmäßig, wenn jeder, der dem Ursprung und den Wirkungen der Rechtsnorm nachforscht, zunächst die viel einfachere Frage zu beantworten versuchte, warum er keinen Mann in bürgerlicher Kleidung auf der Straße ohne Halsbinde sieht. Um eine Sache der bloßen Eleganz kann es sich nicht handeln; es gibt zweifellos eine Menge von Männern, die nichts auf Kleider geben, und doch werden auch diese sich nie öffentlich ohne Halsbinde zeigen. Um die bekanntlich unvermeidliche historische Untersuchung zu

erleichtern, bemerke ich, daß dieses an sich gewiß ziemlich überflüssige Kleidungsstück, übrigens auch von nicht ganz unanfechtbarem Geschmacke, von der Tracht der kroatischen Regimenter in Paris unter Ludwig XIV. stammt, denen es auch seinen österreichischen und französischen Namen verdankt (Krawatte). Und gerade deswegen, weil die ordnende Aufgabe der gesellschaftlichen Norm, die jeden gesitteten Europäer, der irgend etwas auf sich gibt, auf die Halsbinde verpflichtet, gegenwärtig ziemlich versteckt liegt, würde es auch dem Juristen eine Fülle von Aufschlüssen gewähren, sich damit eingehender zu befassen.

Gesellschaftliche Normen, sie mögen Rechtsnormen oder Normen anderer Art sein, gehen danach immer von einem Verbande aus, sie verpflichten nur die Angehörigen dieses Verbandes und sie verpflichten sie nur den Angehörigen des Verbandes gegenüber. Nach außen wirken sie nicht. Wären diese Sätze im klassischen Altertum niedergeschrieben worden, sie hätten als eine jedermann von selbst einleuchtende Wahrheit keines weitern Beweises bedurft. Damals hat niemand daran gezweifelt, daß Recht, Religion, Sittlichkeit, Sitte nur für das eigene Volk vorhanden sind, und dieses eigene Volk hörte zuweilen schon vor der Stadtmauer auf, reichte nie über die nächste Stammes- und Sprachverwandtschaft. Darüber hinaus mußte erst durch einen Gast-, Freundschafts- oder Handelsvertrag das Band geknüpft werden. So ist es auch heute noch bei allen Völkern, die außer der europäischen Gesittung stehen. Gewiß ist meistens der Gast geheiligt, aber der Gast wird in dem Augenblicke, wo er über die Schwelle tritt, ins Haus aufgenommen, und oft genug hört der ihm gewährte Schutz in dem Augenblicke auf, wo er aus dem Hause hinaustritt.

In der Gegenwart ist das allerdings nicht mehr in demselben Maße der Fall. Klar ist es immerhin, daß die Normen der Sitte, des Anstandes, des Taktes, des guten Tones, der Mode über einen bestimmten Kreis nicht hinauswirken. Aber die Normen des Rechts gelten wenigstens zum Teile für jeden und jedem gegenüber. Drei oder vier Weltreligionen verkünden ihre Wahrheiten der ganzen Menschheit. Die moderne Sittlichkeit kennt ebenfalls nicht mehr die alten Schranken der Volkszugehörigkeit. Es handelt sich darum, was das alles zu bedeuten hat.

Was die Religionen betrifft, so wenden sie sich sowohl in ihrer Dogmatik als auch in ihren rituellen Normen im Vorhinein nur an ihre Bekenner. Wenn sie sich als Weltreligionen ausgeben, so will das nur sagen, daß sie die Pforten ihrer Gemeinschaft jedermann offen halten, der ihre Wahrheiten einsieht. Darin stehen sie allerdings im Gegensatz zu den national beschränkten Religionen des Altertums, aber der Gegensatz liegt auf einem andern Gebiete.

Anders erscheint die moderne Sittlichkeit, sie mag auf religiöser oder philosophischer Grundlage aufgebaut sein. Sie will das sittliche Gebot allen Menschen und allem gegenüber auferlegen, was Menschenantlitz trägt. Es muß aber entschieden bestritten werden, daß das je etwas anders gewesen ist, als bloße Predigt oder Lehre, daß diese Sittlichkeit tatsächlich zur Regel des Handelns für die große Masse der Menschen geworden wäre. Sittliche Gebote werden noch immer nur im engen Familienkreise und höchstens im Freundeskreise wirklich genau befolgt, von hier ab schwächt sich ihre Kraft immer mehr ab, je ferner der Mensch steht, dem Fremden gegenüber gibt es für den Durchschnittsmenschen kaum eine Sittlichkeit, die zu mehr als zu Gefälligkeiten, die keine Mühe machen, verpflichtete; und der Haß gegen den Feind des Vaterlandes wird heute noch gerade so für löblich gehalten, wie im grauesten Altertum. Wie tief die Sittlichkeit des modernen Menschen dort sinkt, wo gar keine Gemeinschaftsbande mehr zu finden sind, können wir aus den gelegentlichen Berichten über die Kolonialgräuel lernen, und sie sind doch nur ein kleiner Ausschnitt von dem, was sich die Angehörigen der höchst gesitteten Völker der Erde wehrlosen Eingeborenen gegenüber erlauben zu dürfen glauben.

Eine Reihe von Rechtsnormen gilt allerdings zugunsten von jedermann und jedermann gegenüber. Aber diese gehören entweder dem staatlichen Rechte an, oder sie sind bloße Entscheidungsnormen, sie sind also ein Recht nur für die Gerichte und staatliche Behörden, nicht eine Regel des Handelns. Auch das sogenannte internationale Privat- und Strafrecht enthält nur Entscheidungsnormen, wendet sich nur an die Behörden, nicht an das Volk. Das lebende Recht dagegen ist meist schon seinem Inhalte nach, selbst wenn es staatlichen Ursprungs ist, auf einen Verband beschränkt. Die Rechte und Pflichten aus dem Staatsrechte setzen das Staatsbürgerrecht voraus, das Familienrecht die Angehörigkeit zur Familiengemeinschaft, das Körperschaftsrecht die Teilnahme an der Körperschaft, das Vertragsrecht einen Vertrag, das Erbrecht wieder die Familienangehörigkeit oder die Annahme einer testamentarischen Begünstigung (der übrigens nach einigen Rechten die bloße Nichtablehnung gleichsteht). Andere Rechte und Pflichten ergeben sich aus der Stellung eines Beamten, eines Staatsdieners. Nur für den Anspruch auf Leben, Freiheit und Besitz gilt heutzutage etwas anderes, denn dieser steht wenigstens im unbestrittenen Herrschaftsgebiete der europäischen Gesittung jedermann zu, ohne Rücksicht auf die Volkszugehörigkeit. Das ist eine ziemlich moderne Errungenschaft: noch im XVI. Jahrhundert war Leben und Besitz des Landfremden in Europa keineswegs gesichert. Selbst heute ist es noch nicht in den Grenzmarken der Gesittung, wie die Kolonialgeschichte

und das Schicksal der Neger in Amerika zeigen. Die Antisklavereigesetzgebung des XIX. Jahrhunderts beweist, wie schwierig es war, den höchstgesitteten Völkern der Erde die Achtung für Leben und Freiheit des wehrlosen Negers beizubringen. Aber mit allen diesen zeitlichen und örtlichen Beschränkungen ist die Achtung für Leben, Freiheit und Besitz jedes Menschen gegenwärtig nicht mehr bloße Entscheidungsnorm und staatliche Maßregel, sondern tatsächlich ein Grundsatz des lebenden Rechts geworden. In diesem bescheidenen Umfange ist die ganze Menschheit bereits ein großer Rechtsverband. Auf andere Rechtsverhältnisse kann das jedoch nicht bezogen werden, vor allem nicht auf das Vertragsrecht. Dafür gibt die Unsicherheit der Kreditverhältnisse in fernen Ländern — eine stehende Wendung in allen Handelsberichten — ein sehr beredtes Zeugnis ab.

Bei alledem bleibt die Tatsache bestehen, daß in der Gegenwart doch die religiöse und philosophische Ethik besteht, die ihre Sittlichkeit nicht auf einen einzigen menschlichen Verband beschränken. Diese Tatsache ist jedenfalls zu erklären. Sie bedeutet, daß wenigstens bei den auserlesensten Geistern der Welt die Vorstellung einer alle Menschen umfassenden Sittlichkeit, eines an keine Grenzen gebundenen Rechts bereits geboren ist. Heutzutage noch nicht mehr als ein Traum der Edelsten und der Besten, der eine bessere Zukunft verheißt, hat sie sich doch so weit im lebenden Recht verwirklicht, daß in den Sitzen der höchsten Gesittung jedem Menschen Leben, Freiheit und Besitz gewährleistet ist.

V.

Die Tatsachen des Rechts.

Der heutige Jurist ist gewöhnt, auf eine von Recht und Rechtszwang beherrschte Welt zu blicken. Dieser Welt, die die seinige ist, verdankt er seine Weltanschauung, die Recht und Rechtszwang auf den Anfang aller Dinge verlegt. Ohne sie vermag er sich ein menschliches Zusammenleben gar nicht vorzustellen. Eine Familie, die nicht behördlich zusammengehalten oder wenigstens beaufsichtigt, ein Eigentum, das nicht von den Gerichten geschützt, ein Vertrag, der nicht klagbar, zum mindesten aber einwendbar, ein Erbe, das nicht durch irgendein Rechtsmittel durchsetzbar wäre, sind ihm ganz außerhalb des Rechts gelegene, rechtlich gleichgültige Dinge. So verbinden sich in seiner Gedankenwelt Rechtsordnung, Gericht und Rechtszwang zu einer Einheit, und er wird unbedenklich nur dort von einem Recht oder Rechtsverhältnis sprechen, wo er Gericht und Rechtszwang, allenfalls Verwaltungsbehörde und Verwaltungszwang findet.

In dieser engen Welt ist der rein juristische Begriff der Rechtsquellen geboren. Es konnte sich offenbar nur darum handeln, den Ursprung der Regeln zu erklären, nach denen von den Gerichten und den Verwaltungsbehörden der Rechtszwang ausgeübt wird. Die herrschende Jurisprudenz gelangte auf diesem Wege zu der bekannten Zweiquellentheorie, die alles Recht auf Gesetz und Gewohnheit zurückführt. Sie beruht offenbar auf den Vorschriften des corpus iuris civilis und corpus iuris canonici, die neben den leges nur noch die consuetudo als Rechtsquellen zulassen. Ihre erkenntnistheoretische Grundlage dürfte aber wohl der logische Satz vom Widerspruche sein. Da alles Recht, das nicht Gesetz ist, nur Gewohnheitsrecht sein kann, so löst sich die Frage nach dem Begriff des Gewohnheitsrechts in die Frage auf, wie ein Recht, das nicht ein Gesetz ist, beschaffen sein muß. Warum es keine andern Quellen als Gesetz und Gewohnheitsrecht gebe, wird uns nicht gesagt. Von einer wissenschaftlichen Erforschung der Natur des Gesetzes ist keine Rede; was über das Gewohnheitsrecht gelehrt wird, bewegt sich in einem Kreise von Gemeinplätzen. Die Römer gingen im Grunde genommen viel wissen-

schaftlicher vor, indem sie sich damit begnügten, die sechs oder acht Verfahrensarten, wie bei ihnen für den Richter verbindliche Rechtsregeln entstanden, einfach aufzuzählen. Trotzdem konnte bisher keiner der Versuche durchdringen, den zwei Rechtsquellen auch nur eine dritte, die Wissenschaft oder den Gerichtsgebrauch, die Konventionalregel oder, nach dem Beispiele mehrerer Handelsrechtler, den Verkehrsgebrauch (die Usance), anzureihen.

Das Traurigste an der Sache ist aber wohl, daß die, die sich gegenwärtig mit dem Begriff des Gesetzes und des Gewohnheitsrechts abquälen, die Schwierigkeit offenbar in einer ganz andern Gegend suchen, als wo sie zu finden ist. Bei der Frage nach den Rechtsquellen handelt es sich gar nicht darum, wie die Rechtsregeln, die der Richter oder der Beamte anwenden soll, die für ihn verbindliche Form annehmen. Das Recht besteht nicht aus Rechtssätzen, sondern es besteht in den Rechtseinrichtungen; wer sagen will, welches die Rechtsquellen sind, muß erklären können, wodurch Staat, Kirche, Gemeinde, Familie, Eigentum, Vertrag, Erbe, entstanden sind, wodurch sie sich ändern und entwickeln. Die Aufgabe einer Theorie der Rechtsquellen ist, nach den treibenden Kräften der Entwicklung der Rechtseinrichtungen zu suchen; es genügt nicht, die Formen anzugeben, wie Rechtssätze, genauer gesprochen, eine bestimmte Art von Rechtssätzen, festgestellt werden. Recht und Rechtsverhältnis ist ein gedankliches Ding, das nicht in der greifbaren, sinnlich wahrnehmbaren Wirklichkeit, sondern in den Köpfen der Menschen lebt. Es gäbe kein Recht, wenn es keine Menschen gäbe, die mit sich die Vorstellung vom Recht tragen würden. Aber wie sonst überall, so sind auch hier unsere Vorstellungen aus einem Stoffe geformt, den wir der greifbaren, sinnlich wahrnehmbaren Wirklichkeit entnehmen. Es liegen ihnen stets Tatsachen zugrunde, die wir beobachtet haben. Solche Tatsachen müssen vorhanden gewesen sein, bevor im menschlichen Hirn überhaupt der Gedanke an Recht und Rechtsverhältnis aufzudämmern begann. Und auch in der Gegenwart müssen jedenfalls gewisse Tatsachen vorliegen, bevor wir von einem Recht und Rechtsverhältnis reden können. Hier ist also die Werkstätte des Rechts zu suchen. Die erste Frage der Rechtswisssenschaft, die Frage nach dem Ursprung des Rechts, geht so in die Frage über: welche tatsächlichen Einrichtungen werden im Laufe der geschichtlichen Entwicklung zu Rechtsverhältnissen und durch welche gesellschaftlichen Vorgänge werden sie es?

Die Menschengruppe wird durch ihre Organisation zu einem Verband. Die Organisation ist die Regel, die jedem Einzelnen im Verbande seine Stellung und seine Aufgaben anweist. Es handelt sich daher vor allem, die Tatsachen anzugeben, an die der menschliche

Geist solche Regeln anknüpft. Diese Tatsachen, anscheinend sehr verschiedenartig, lassen sich doch auf einige wenige zurückführen. Das sind — es möge gestattet sein, das Ergebnis der Ausführung vorwegzunehmen — folgende: die Übung, die Herrschaft, der Besitz, die Willenserklärung.

Die Übung ist nicht etwa mit dem „Gewohnheitsrecht“ zu verwechseln. Es handelt sich nicht um die Übung von Rechtssätzen. Übung bedeutet hier: wie es bisher gehalten wurde, soll in Zukunft die Norm abgeben. Durch Übung wird die Stellung des Hauptes, der Organe sowie der Angehörigen des Verbandes (die Über- und Unterordnung) und die Aufgaben des Einzelnen bestimmt. Die Übung schafft die Ordnung in allen urwüchsigen Verbänden: in der Sippe, der Familie, im Hause; in der Familie und im Hause wohl bis in die Gegenwart. Auf ursprünglicher Stufe ist sie noch wesentlich maßgebend in allen örtlichen Verbänden und im Staate. Aber selbst in einem so hochentwickelten Staatswesen, wie es der römische Freistaat war und das heutige Großbritannien ist, beruht die staatsrechtliche Stellung der staatlichen Organe ganz überwiegend auf Übung. Für Rom genügt es, Mommsens römisches Staatsrecht durchzublättern, um sich davon zu überzeugen. Die wenigen römischen Gesetze staatsrechtlichen Inhalts beziehen sich fast ausschließlich auf die Komitien. Im übrigen hat auch Mommsen kein anderes Mittel, die Rechte und Pflichten eines römischen Magistrats bis in die Kaiserzeit zu bestimmen, als indem er angibt, was er herkömmlich zu tun hatte und tatsächlich tat. Und ebenso muß jeder vorgehen, der britisches Staatsrecht darstellen will. Der König, das Parlament, die Minister, die höchsten Beamten, alle diese Staatsorgane richten sich praktisch ganz überwiegend nach der Übung oder, um die englische Terminologie zu gebrauchen, nach Precedents. Auch die herrschaftlichen Verbände des Altertums und Mittelalters haben ihre Ordnung vorzüglich durch die Übung erhalten.

Die Mehrzahl der heutigen Verbände haben zumeist eine Ordnung, die auf Vertrag, Satzung, Rechtssatz und Verfassung beruht. Trotzdem hat auch bei ihnen die Übung keineswegs alle Bedeutung verloren. Wo immer der Vertrag, Satzung, Rechtssatz oder Verfassung über die Stellung und die Aufgaben des Einzelnen im Verbande Zweifel oder eine Lücke offen läßt, entscheidet die Übung. Sie ist daher auch im Verfassungsstaate von größter Wichtigkeit (Konventionalregel) und im Arbeitsverbande (in der Fabrik) unentbehrliche Grundlage des Verbandslebens.

Die Übung wirkt nach Jellineks Ausdruck durch die „normative Kraft des Tatsächlichen“. Ihre ordnende und regelnde Kraft im Verbande beruht darauf, daß sie das Gleichgewicht der Kräfte im Verbande zum Ausdruck bringt. Das Interesse aller Angehörigen am Verbands-

leben, ihr Interesse, jede Kraft im Verbande richtig zu verwerten, jeden der ihrigen dort hinzustellen, wo er sich am besten bewährt, ihm die Rechte und Pflichten nach dem Bedürfnisse des Ganzen zu bemessen, finden ihr Gegengewicht im eigennützigen Bestreben des Einzelnen, sein eigenes Leben zu leben, seine Persönlichkeit zur Geltung zu bringen, seine eigenen Interessen zu verfolgen. Die Übung spiegelt immer den schließlichen Kräfteausgleich. Im allgemeinen entsteht eine für die Zukunft normenwirkende Übung dadurch, daß der in eine bestimmte Stellung Berufene für sich eine Befugnis anspricht, ohne Widerstand zu finden, daß der mit einer Aufgabe Betraute diese widerspruchslos übernimmt, oder daß der Widerspruch, der sich erhoben hatte, niedergerungen wird. Den Ausschlag geben in urwüchsigen Verbänden die physische Kraft, geistige Fähigkeiten, Erfahrung, persönliches Ansehen, Alter; in anderen Verbänden Reichtum, Abkunft, persönliche Verbindungen. Die durch die Übung mit einer Stellung verbundenen Rechte und Pflichten gehen zunächst auf die Nachfolger über, hat sich aber durch die Nachfolge das Kräfteverhältnis verrückt, so wird sich die Übung dem sogleich anpassen.

Der einzige Verband, dessen Ordnung noch in der Gegenwart ganz überwiegend von der Übung abhängt, ist die Hausgenossenschaft der Familie, nicht bloß als sittliche und gesellschaftliche, sondern auch als wirtschaftliche Gemeinschaft. Sie ist eine Erzeugungs- und Verbrauchsgemeinschaft in der Bauernschaft, bloß Verbrauchsgemeinschaft im städtischen Bürgerstande, fast ausschließlich Wohngemeinschaft in einem Teile des Arbeiterstandes. Zwischen der bürgerlichen und Arbeiterfamilie, selbst wo diese daneben auch Verbrauchsgemeinschaft ist, besteht doch noch wirtschaftlich ein großer Unterschied, denn die bürgerliche Familie wird gewöhnlich nur durch den Arbeitsertrag des Hausvorstandes erhalten, die Arbeiterfamilie lebt vom Arbeitsertrage aller arbeitsfähigen Familiengenossen. Ein Blick auf diese drei Arten der Familie zeigt, daß jede von ihnen ihr eigenes Recht hat, nicht nur in bezug auf persönliche Unterwerfung, sondern auch in bezug auf Gut und Erwerb, und daß auch der Inhalt der Urkunden, die über die Familienverhältnisse aufgenommen werden (Eheverträge, Testamente), nach dem Stande des Ausstellers so sehr verschieden ist, daß man danach ohne weiteres auch den Stand bestimmen könnte. Die unumschränkte Herrscherstellung des Bauern in seinem Hause wird beim Bürgerlichen zu einer allgemeinen Leitung gemildert und schwächt sich beim Arbeiter zu einem höchstens moralischen Einfluß ab; beim Bauer Vermögen und Verbrauch gemeinsam, beim Bürgerlichen getrennte Vermögensmassen, gemeinsamer Verbrauch, beim Arbeiter alles abgesondert, jedes Familienglied trägt

seinen Anteil, bezahlt für sich bei gemeinsamen Ausgaben. So ist auch in allen andern Verbänden der Inhalt der Übung und der durch sie geschaffenen Ordnung unmittelbar mit den wirtschaftlichen Grundlagen des Verbandslebens gegeben.

Von der in jedem organisierten Verbande vorhandenen Über- und Unterordnung, in der sich eben die innere Ordnung des Verbandes ausdrückt, sind die Herrschafts- und Unterwerfungsverhältnisse genau zu unterscheiden. Der Befehl infolge organisatorischer Überordnung ist etwas anderes als der Befehl kraft Herrschaft. Den ersten erteilt der Befehlende für den Verband, den zweiten für sich selbst; der Über- und Untergeordnete haben gleichmäßig das Bewußtsein, dem Verbande zu dienen, der Unterworfene hat das Bewußtsein, zunächst dem Herrschenden, und nur zuweilen zugleich das Bewußtsein, dadurch auch dem Verbande zu dienen; der Verband bleibt einheitlich trotz der Über- und Unterordnung, die seine Verfassung notwendig erzeugt, die Herrschafts- und Unterwerfungsverhältnisse teilen den Verband in Herrschende und Unterworfene, wobei wenigstens die Herrschenden, oft auch die Unterworfenen eigene Verbände oder Unterverbände bilden.

Zwei Arten der Herrschaft und Unterwerfung sind zu unterscheiden: solche, die sich aus dem Familienverbande ergeben — die Unterwerfung der Kinder unter die väterliche, der Frau unter die eheherrliche Gewalt — und Unterwerfungsverhältnisse rein gesellschaftlichen Ursprunges, die Sklaverei und die Hörigkeit. Es ist außerordentlich naheliegend, die verschiedenartigen und mannigfach abgestuften Herrschafts- und Unterwerfungsverhältnisse, die sich auf allen Entwicklungsstufen der Gesellschaft, bis auf die allerletzte, nur von den vorgeschrittensten Völkern Europas und Amerikas erreichte, finden, auf Rechtsvorschriften zurückzuführen. In der Tat wird auch allgemein angenommen, der Rechtssatz sei es, der die Frau dem Manne, die Kinder der väterlichen Gewalt, den Mündel dem Vormund, den Sklaven und den Hörigen seinem Herrn unterwerfe. Aber die Tatsache der Herrschaft und Unterwerfung war überall früher da als der Rechtssatz, der sie als Bestandteile der Rechtsordnung regelte. Jede Herrschaft ist nur die andere Seite der Schutzlosigkeit und Hilfsbedürftigkeit des Beherrschten. Er wird beherrscht, weil er keinen Rechtsschutz genießt, und er wird nicht beschützt, weil er keinem Verbande angehört, der ihn beschützen könnte, oder weil der Verband, dem er angehört, zu schwach ist, um ihn zu schützen.

Scheinbar ist allerdings die Lage des Sklaven und des Hörigen, allenfalls des Gastes und des Schutzbefohlenen, ganz verschieden von der Lage der Frauen und der Kinder. Die ersten gehören dem Verbande der Herrschenden gar nicht an, sie sind Fremde, die in ihren Machtbereich gekommen sind. Frauen und Kinder sind dagegen

Angehörige desselben Verbandes wie die Herrschenden. Neuere Untersuchungen über das Verhältnis der Geschlechter und der Altersstufen in der ältesten Gesellschaft haben jedoch bewiesen, daß die beiden Geschlechter und die einzelnen Altersklassen in der urwüchsigen Gesellschaft überall Sonderbünde bilden. Bis zu einem gewissen Grade ist es doch selbst in der Gegenwart der Fall. Wir sehen auch jetzt noch Frauen und Männer sich in Gruppen vereinigen, die ihre eigenen Interessen gegeneinander vertreten, und es sind auch bei uns Spuren eines Gegensatzes der Altersklassen vorhanden, häufig in den Mittelschulen, ebenso zwischen Gesellen und Lehrlingen im Handwerk. Beides sind gewiß eher Reste längst überwundener Entwicklungsstufen als Anfänge einer neuen Entwicklung.

In den ältesten Gesellschaften bilden zunächst die vollwertigen Genossen einen Verband, die sich allenfalls auch mit eigener Kraft eines Angriffs erwehren könnten, und imstande wären, die Hilfe, die sie von andern ansprechen, andern selber zu leisten. Die Frau, das Kind, der noch nicht waffenfähige Jüngling können es nicht, denn sie können für sich allein keinen wehrhaftigen Verband schaffen; der vereinzelt lebende Fremde kann es nicht, denn er hat keine Gemeinschaft, die sich seiner annähme; der Angehörige des besiegten Volkes oder Stammes kann es nicht, denn die Gemeinschaft, der er angehört, ist soeben niedergetreten worden; der arme, bedrängte Mann, kann es in unsicheren Zeiten nicht, denn der Schutz, den ihm seine Gemeinschaft angedeihen lassen möchte, ist wirkungslos angesichts der Willkür der Mächtigen. Sie alle, die Frau, das Kind, der Fremde, der Besiegte, stehen daher unter der Gewalt dessen, der sie zu beschützen geneigt ist: des Gatten, des Vaters, des Gastfreundes, des Siegers. Wer sonst seiner eigenen Kraft mißtraut, begibt sich freiwillig in fremden Schutz. Findet sich kein Beschützer, dann gehört er dem, der sich des Wehrlosen bemächtigt und seines Lebens schont: er wird sein Knecht. Der Schwache, der einen Herrn hat, ist nicht mehr hilflos, denn jetzt ist jeder Angriff auf ihn zugleich ein Angriff auf seinen Herrn[1].

[1] Ein österreichischer Marineoffizier, der Afrika kennt, sagte mir einmal, er schreibe die Erfolge Stanleys zum großen Teile den Verträgen zu, die dieser mit seinen schwarzen Trägern zu schließen pflegte. Die anderen Afrikareisenden nahmen die Träger gewöhnlich für kurze Strecken auf, für das Gebiet, das von deren Stammesgenossen bewohnt war, entließen sie, wenn sie an die Grenze kamen, und suchten hier nach andern Trägern unter denselben Bedingungen. Stanley dagegen dang sie schon an der Küste für die ganze Reise auf. Nun ist der Neger in Afrika außerhalb der Grenzen seines Stammes zumeist vogelfrei. Sobald Stanley daher in ein fremdes Gebiet gekommen ist, war seine Karawane für die Träger der einzige Hort. Und so waren sie ihm auf Gnade und Ungnade ergeben. Er war ihr Beschützer und eben deswegen ihr unbeschränkter Herr und Gebieter.

Aber alle diese Schutzverhältnisse setzen voraus, daß der Beschützte seinem Beschützer auch einen Vorteil zu bieten vermag. Die Herrschaft ist zum Vorteile des Herrschenden, nicht den Beherrschten zuliebe da. Solange der Mensch, selbst bei größter Anstrengung, nicht mehr hervorzubringen vermag, als notwendig ist, um sein eigenes Dasein zu fristen, wie dies bei sehr armen Jägern und Hirten der Fall ist, hat er auch keinen Herrn. Die Herrschaft würde dem Herrschenden nichts eintragen. Der gefangene Feind wird daher noch nicht versklavt, sondern niedergemacht oder — ausnahmsweise — ins eigene Volk aufgenommen. Nur die Frau hat schon auf dieser Entwicklungsstufe einen Wert, da sie nicht bloß Gegenstand wirtschaftlicher, sondern auch geschlechtlicher Ausbeutung ist. Dieser zuliebe wird sie am Leben erhalten und zu den Arbeiten verwendet, die der Mann von sich weist, weil sie unter seiner Würde oder ihm zu anstrengend sind.

Die Schutzlosigkeit vermag an und für sich noch kein Rechtsverhältnis zu begründen. Sie gibt den Schutzlosen gleich einer herrenlosen Sache oder einem herrenlosen Tier dem preis, der sich seiner bemächtigt, aber sie gibt ihm noch keinen Herrn, sie gibt niemand ein Recht auf ihn. Die Herrschaft ist aber offenbar mehr als bloßer Besitz einer Person und Verwertung ihrer Arbeit, denn sie ist ein rechtlich geregeltes Verhältnis zwischen dem Herrschenden und dem Unterworfenen. In der wirtschaftlichen Ertragfähigkeit der Arbeit ist die Tatsache der persönlichen Unterwerfung begründet, zu einem Teil der Rechtsordnung wird sie dadurch, daß die Arbeit des Unterworfenen für die wirtschaftliche Ordnung in der Gesellschaft von maßgebender Bedeutung wird. Der Unfreie kann Knecht in der Bauernwirtschaft oder Kammerdiener am königlichen Hofe sein, er kann mit Tausenden seiner Schicksalsgenossen in den Plantagen oder im Bergwerk arbeiten, er kann als selbständiger Kolone auf dem Grundbesitz seines Herrn mit Frau und Kindern ein Häuschen gegen Pachtzins bewohnen und als Höriger auf dem ihm verliehenen Grundstück für eigene Rechnung bei mäßigen Giebigkeiten wirtschaften, er kann Lehrer, Direktor oder ritterlicher Ministeriale bei seinem Herrn werden, oder selbständig in der Stadt ein Gewerbe oder einen Handel betreiben. Ob er das eine oder das andere ist, hängt selbstverständlich nicht von der Willkür des Herrn, sondern von der ganzen wirtschaftlichen Verfassung des Landes und von dem Materiale ab, das den Grundstock der Unfreien bildet. Es war in Rom in der ersten Kaiserzeit gewiß nicht möglich mit Hörigen zu wirtschaften, und im mittelalterlichen Deutschland Plantagen mit Tabak oder Zuckerrohr zu bebauen. Die Rechtsstellung des Unfreien hängt davon ab, wie er in die wirtschaftliche Verfassung eingeliedert wird. Der

Knecht, der Plantagensklave, der Kammerdiener, der Kolone, der Hörige, der Ministeriale, der Beamte, der Handwerker befinden sich als Unfreie nicht bloß tatsächlich, sondern auch rechtlich in durchaus verschiedener Lage. In der römischen Sklaverei ist das allerdings nur in sehr geringem Maße äußerlich hervorgetreten, aber das hängt doch nur damit zusammen, daß die römischen Juristen, da sie sich fast ausschließlich mit dem bei Gericht anwendbaren Rechte befassen, über die innere Ordnung im Hause uns nicht berichten. Eine Darstellung des römischen Sklavenrechtes, die nicht an den juristischen Quellen klebte, auch Inschriften und Urkunden verwertete, müßte die vielen Unterschiede in den Rechtsverhältnissen, die in den römischen Rechtsquellen nur angedeutet werden, nachdrücklichst hervorheben. Ein weniger zur Abstraktion geneigtes Recht als das römische wird die Rechtsverschiedenheiten der Unfreien in Übereinstimmung mit ihrer wirtschaftlichen Aufgabe auch äußerlich gestalten und so fallen die Arten der Unfreiheit des festländischen Rechts seit Beginn des Mittelalters überall mit den Verschiedenheiten der wirtschaftlichen Verfassung zusammen. Die beiden späteren Typen, Grundherrschaft und Gutsherrschaft, bedeuten sowohl Gegensätze des wirtschaftlichen Betriebes als auch der rechtlichen Behandlung der Hörigen. Ich habe in meiner Schrift: Die Rechtsfähigkeit (in der von Franz Kobler herausgegebenen Sammlung: „Das Recht") näher ausgeführt, wie der Umfang der Rechtsfähigkeit des Einzelnen überall mit seiner Stellung in der wirtschaftlichen Verfassung zusammenhängt.

Vielleicht war jede Herrschaft ursprünglich als Rechtseinrichtung ein Besitz am Beherrschten. Die Unfreiheit beginnt gewiß mit dem Menschenraub, die Ehe möglicherweise mit dem Frauenraub, und die elterliche Gewalt gründet sich wohl stets auf den Besitz der Kinder, so lange sie noch ganz klein sind. Aber dauernd kann die Herrschaft als Besitz nur ganz ausnahmsweise aufrecht erhalten werden, etwa bei Plantagensklaven, die unter steter Aufsicht stehen und des Nachts verschlossen werden. Im allgemeinen setzt Herrschaft mehr und anderes voraus: einen gewissen Seelenzustand des Beherrschten, ein geistiges Sicheingliedern und Sicheinfügen in die Herrschaftsverfassung. Eine Herrschaft ohne diesen Seelenzustand könnte nur durch die stete Aufsicht bestehen, und wäre infolgedessen in den meisten Fällen für den Herrschenden vollkommen wertlos.

Für den wirtschaftlichen Verwertungsprozeß, in den eine Sache eingeht, sind die Rechtsverhältnisse an der Sache zweifellos ganz gleichgültig. Der Acker trägt den Kohl, auch wenn der Landmann, der ihn gepflanzt hat, den Acker auf Grund eines ungültigen Testamentes erhielt, der Webstuhl verwebt das Garn, ohne viel zu fragen, wie es in die Hände des Fabrikeigentümers gekommen ist, und ein Stück

Brod stillt den Hunger auch dem, der es gestohlen hat. Das, worauf es im wirtschaftlichen Verwertungsprozeß allein ankommt, das ist der Besitz. Das hat Goethe sehr deutlich ausgesprochen in der berühmten Stelle in Wahrheit und Dichtung, wo er seine Betrachtungen über das Reichskammergericht in Wetzlar zusammenfaßt: sie ist wohl das Beste, was je über den Grund des Besitzesschutzes geschrieben worden ist. Allerdings handelt es sich hier nicht um Besitz im Sinne irgendeiner dogmatischen Ausgestaltung, sondern, um mit den Worten des berühmten Altmeisters der Besitzlehre zu sprechen, um den Besitz „als die Möglichkeit faktischer Verfügung über die Sache, und diese reicht so weit, als man erfahrungsgemäß unsern Herrschaftswillen gewöhnlich respektiert. Ob dies der Fall ist, ist eine Frage des wirklichen Lebens, welche nach Verschiedenheit der Verhältnisse, insbesondere des Objekts, nach den Machtmitteln des Subjekts, nach dem Zustande der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Moral und der wirtschaftlichen Entwicklung, zu beantworten ist." (Randa).

Ob also der Besitz geachtet wird, das ist „eine Frage des wirklichen Lebens". Es kommt dabei nicht auf Vorschriften des gesetzten Rechts, sondern auf die das Leben beherrschende Regel des Handelns an. Der Besitz des Mieters, Entlehners, Verwahrers wurde im gemeinrechtlichen Gebiet selbst vom andern Vertragsteil „erfahrungsgemäß gewöhnlich respektiert", auch nachdem Savigny bewiesen hatte, daß das ihnen nach römischem Recht nicht zukomme. Der Besitz des Diebes oder Räubers wurde auch in gemeinrechtlichem Gebiete zweifellos nicht „erfahrungsgemäß gewöhnlich" geachtet, trotz dessen, was das römische Recht darüber sagte: wurde eine gestohlene oder geraubte Sache von einem Dritten beim Dieb oder Räuber gefunden, so hat er schwerlich wegen dieser Vorschriften Anstand genommen, sie ihm, wenn es nur möglich war, eigenmächtig zu nehmen und dem Beschädigten oder der Obrigkeit zu übergeben. Ob das in Rom anders gewesen ist? Man muß sich schon eine seltsame Lage ausdenken, wo der in seinem Besitze gestörte Dieb oder Räuber, im Bewußtsein, daß man ihm Diebstahl oder Raub nachweisen könnte, das interdictum unde vi oder utrubi angestellt hätte. Ein praktischer Fall dieser Art findet sich in den Quellen meines Wissens nicht.

Der Besitz ist eine Tatsache des Rechts in dem Sinne, daß der Besitzer es ist, der die Sache ihrer wirtschaftlichen Bestimmung gemäß gebraucht und verwertet. Im wirtschaftlichen Gebrauche der Sache wird der Besitzer nach jedem Rechte geschützt. Es ist gleichgültig, ob der Schutz, wie im römischen Rechte, durch selbständige Rechtsmittel erfolgt, oder, wie im englischen Rechte durch Privatdeliktsklagen (trespass) oder auch, wie im skandinavischen, vorwiegend

durch das Strafrecht. Ein großer Teil des Besitzesschutzes fällt ohnehin überall den Strafgerichten und der Polizei zu. Bei beweglichen Sachen genügt gegenwärtig praktisch der strafrechtliche Schutz des Besitzers gegen Diebstahl und Unterschlagung: von den selbständigen Besitzschutzmitteln wird bei ihnen kaum je Gebrauch gemacht. Im Code civil ist daher der selbständige Besitzschutz beweglicher Sachen abgeschafft: freilich steht die Eigentumsklage, ebenso wie nach dem D.B.G.B., jedem Besitzer gegen jedermann zu, mit Ausnahme dessen, dem die Sache durch Diebstahl oder Verlust weggekommen ist, so daß sie auch die Aufgabe einer Besitzklage erfüllt. Bei unbeweglichen Sachen ist der besondere Besitzschutz im römischen Rechte und den von diesen abstammenden festländischen Rechten deswegen unentbehrlich, weil sowohl der strafrechtliche als auch der deliktische Schutz hier viel zu schwach ist. Da im C. proc. civ. die Besitzstörungsklage, la complainte, einen fehlerlosen einjährigen Eigenbesitz voraussetzt und dadurch zu einer petitorischen Klage geworden ist, und eine eigentliche Besitzklage fehlt, so hat die französische Rechtssprechung ohne jeden Anhaltspunkt im Gesetze für den Fall der Entsetzung ein rein polizeiliches Besitzschutzmittel geschaffen, la réintegrande, die weder Eigenbesitz noch einen fehlerlosen Besitz fordert: attendu que les voies de fait ne peuvent pas être tolerées dans une société civilisée et que si cette action n'existait pas il faudrait l'inventer.

Dem Besitz, als rein wirtschaftlichem Verhältnis zur Sache steht das Eigentum und die sonstigen dinglichen Rechte gegenüber. Der Eigentümer hat als solcher mit der Sache wirtschaftlich nichts zu tun; er bleibt Eigentümer, auch wenn er sich um die Sache jahrelang nicht kümmert, er bleibt es, wenn er von der Sache nichts weiß. Das beweist jedenfalls, daß das Eigentum wenigstens teilweise durch andere als wirtschaftliche Einflüsse gestaltet worden ist. Die Selbständigkeit des Eigentums gegenüber dem Besitze, folgerichtig durchgeführt, würde bedeuten, daß das Recht sich über die wirtschaftliche Ordnung, die sich im Besitz verkörpert, vollständig hinwegsetzt, daß es nur die auf Eigentum und den dinglichen Rechten beruhende Ordnung anerkennt. Der im römischen Rechte so scharf ausgebildete Gegensatz von Besitz und Eigentum, könnte allerdings zu dieser Auffassung verleiten. Die Literatur steht auch insofern auf dem Standpunkte, als sie offenbar annimmt, daß es der Besitzesschutz und nicht der Eigentumsschutz ist, die einer Rechtfertigung bedürfen. Aber das Ursprüngliche ist zweifellos nicht Eigentum, sondern Besitz. Ein Blick auf das mittelalterliche deutsche Recht zeigt uns eine Rechtsordnung, die ganz überwiegend auf Besitz (Gewere) und nicht auf Eigentum aufgebaut ist. Die Lebenskraft dieses Gedankens hat sein weiteres Schicksal erwiesen, denn er hat sich nicht nur im ge-

meinen Rechte gegen alle Widerstände Bahn gebrochen, sondern ist im englischen Rechte zur vollen Entfaltung gelangt, und genügt hier den Bedürfnissen einiger der verkehrsreichsten Völker der Welt; er beherrscht auch die neuen Gesetzbücher, den code civil, das deutsche und schweizerische Gesetzbuch. Vergleicht man aber die Ergebnisse der ganzen Rechtsentwicklung mit dem römischen Recht, so sieht man, daß dieses in allen Fragen, die für das Leben von Bedeutung sind, dasselbe Ziel anstrebt wie das deutsche, die Eigentumsordnung der im Besitz verkörperten wirtschaftlichen Ordnung möglichst enge anzupassen.

Die Gewere steht dem zu, der die Sache ihrer wirtschaftlichen Bestimmung gemäß verwertet. Sie schließt sich wenigstens bei unbeweglichen Sachen vollständig an die wirtschaftliche Ordnung an, denn jeder, der an dem Ertrage der Sache mittelbar oder unmittelbar beteiligt ist, oder aus der Sache einen wirtschaftlichen Nutzen zieht, hat an ihr auch die Gewere, und weicht bloß dem, der sein besseres Recht bewiesen hat. Bis dahin hat er den Anteil am wirtschaftlichen Ertrage als sein Recht, er ist befugt über die Sache zu verfügen, und hat die Anwartschaft auf die rechte Gewere, sobald der besser Berechtigte sich verschwiegen hat. Die Gewere ist daher tatsächlich ein ziemlich vollkommener Ausdruck der jeweiligen wirtschaftlichen Verfassung, soweit sie in Sachenrechten wurzelt: wäre es möglich, Art und Umfang der an allen Sachen in einem bestimmten Rechtsgebiete bestehenden Gewere zu beschreiben, so gäbe das, bis auf die durch rein obligatorische Rechte bedingten Verschiebungen, ein ziemlich getreues Bild der Wirtschaft in diesem Rechtsgebiete. Das englische Recht baut auf diesem Grundgedanken des deutschen Rechts weiter fort, indem es dem Besitzer tatsächlich so lange alle Rechte des Eigentümers einräumt, bis ihm die Gewere vom besser Berechtigten entwunden wird. Er erhält die Früchte der Sache (wer säet, der mähet), er kann über die Sache mit voller Rechtswirkung verfügen, aber er kann auf den Erwerber kein besseres Recht übertragen, als er es selbst hat. Der Erwerber muß gerade so wie sein Vormann dem besser Berechtigten weichen, und ihm auch allen aus der Sache gezogenen Nutzen herausgeben (mesne profits), ist aber jedem Dritten überlegen, der ein geringeres Recht hat, als sein Vormann es hatte. Da das englische Recht überdies kein (absolutes) Eigentum kennt, sondern es immer darauf ankommen läßt, wer von zwei Berechtigten das bessere Recht habe, so können die englischen Juristen sich zuweilen so ausdrücken, jeder Besitzer sei so lange Eigentümer, bis ihm die Sache abgestritten wird. Und schließlich wird das Recht des Besitzers zum „besten Recht“, sobald die Klage dessen, der ein besseres Recht hatte, verjährt ist. Eine

Eigentumsersitzung kann es selbstverständlich bei dieser Gestaltung nicht geben. Im römischen Rechte tritt infolge des unbedingten (absoluten) Eigentumsbegriffs der wirtschaftliche Gesichtspunkt scheinbar in den Hintergrund. Aber in Wirklichkeit spricht das römische Recht dem Besitzer damit nur eine bestimmte Klage, die rei vindicatio, ab; es gewährt ihm dafür die actio Publiciana und im weitesten Umfange die reinen Besitzklagen. Auch nach römischem Rechte behält der Besitzer die Sache und kann sie wirtschaftlich verwerten, bis sie ihm abgestritten wird, und hat noch im Eigentumsstreite eine bevorzugte Stellung. Er erwirbt die Früchte wenigstens vorläufig, und sobald er sie im guten Glauben verzehrt hat, über das englische Recht hinaus, ersatzlos und endgültig. Hat er die Sache im guten Glauben in seinem Gewerbe verwertet, so wird sie sein Eigentum: das ist der Sinn der römischen Bestimmungen über die Verarbeitung. Da die Gültigkeit eines über die Sache abgeschlossenen Vertrags vom Eigentum nicht abhängt, und die an den Vertrag sich anschließende Publiciana dem gutgläubigen Erwerber regelmäßig zusteht, so ist dem Besitzer so weit auch die Verfügung über die Sache möglich. Und endlich verwandelt sich nach römischem Rechte das wirtschaftliche Verhältnis durch Ersitzung in Eigentum, durch Verjährung der Eigentumsklage in ein „bestes Recht“. Nach allen diesen Richtungen folgt das moderne festländische Recht dem römischen; nur für bewegliche Sachen, die gestohlen oder gefunden worden sind, trifft es Anstalten, um deren Verwertung durch den Besitzer zu verhindern, jedoch mehr zu dem Zwecke, um den Eigentümer vor Nachteil zu schützen.

Das römische Recht geht über das deutsche und englische, und wohl auch über das praktische Bedürfnis, insofern hinaus, als es auch dem unwirtschaftlich erworbenen Besitz des Diebes und Räubers den Besitzesschutz gewährt, obwohl dieser im Leben selbst zweifellos nicht als Rechtsverhältnis geachtet wird. Es bleibt insofern hinter diesen Rechten zurück, als es das wirtschaftliche Verhältnis zur Sache, das nur auf obligatorischen Beziehungen beruht, insbesondere das Pacht- und Mietverhältnis, nicht als Besitz behandelt. Es gibt aber wenigstens dem gutgläubigen Besitzer mit ganz unbedeutenden Ausnahmen ebenso die Stellung des Eigentümers wie das deutsche und englische Recht, und da für die wirtschaftliche Verfassung doch wohl im allgemeinen nur der gutgläubige Besitz in Betracht kommt, so dringt das Wirtschaftliche offenbar auch im römischen Rechte gegenüber dessen Eigentumsbegriff überall durch. Die modernen festländischen Rechte haben diese Grundgedanken des römischen Besitzrechtes im allgemeinen angenommen, mit einigen durch die historische Entwicklung bedingten Zugeständnissen an das deutsche Recht.

Nur nach einer einzigen Richtung ist nicht das Recht des Besitzers, sondern das Eigentum zur Regel des Handelns geworden: insofern nur der Eigentümer das Eigentum, das „beste Recht“, gültig übertragen kann. Im römischen und englischen Rechte für alle Sachen verbindlich, wird dieser Grundsatz im festländischen Rechte in seiner Geltung auf unbewegliche Sachen beschränkt. Soweit er herrscht, wird der Erwerber genötigt, über das Recht des Veräußerers nachzuforschen oder sich durch vereinbarte Haftung vor Schaden zu sichern. Die Sicherheit des Käufers beruht auf dem Haftungsversprechen des Verkäufers, also, wie wir das in Rom sehen, auf dessen Kreditfähigkeit: dadurch wird jeder Kauf zu einem Kreditgeschäfte. In England tritt bei unbeweglichen Sachen die Haftung des Anwalts ein, der den Vertrag verfaßt und die Nachforschungen über das Recht des Veräußerers zu pflegen hat (investigation of title). Dagegen genügt bei Mobilien auf dem Festlande im allgemeinen der Besitz des Veräußerers zur Übertragung des Eigentums auf den gutgläubigen Erwerber. Es ist außerordentlich interessant zu beobachten, wie sich die Rücksicht auf den Besitz im Laufe des letzten Jahrhunderts auch dort Bahn gebrochen hat, wo sie bis dahin nicht wirkte, wie sie sich auf dem Festlande zu dem verwandten Grundsatze des öffentlichen Glaubens des Grundbuches, des „Vertrauens auf äußere Tatbestände“ (Wellspacher), verdichtete, wie die französischen Hypothekenbücher allmählich zu Grundbüchern geworden sind, wie die Grundbücher jetzt sogar in England Schritt für Schritt vordringen, wie dort auch der Grundsatz: „Hand muß Hand wahren“, bis vor Kurzem auf Käufe auf offnem Markte (zum Teil auch im Geschäftsladen), beschränkt, infolge der neuern Gesetzgebung immer mehr an Boden gewinnt.

Das Besitzrecht ist daher das eigentliche Recht der wirtschaftlichen Ordnung und schließt sich am engsten an das lebende Recht der Volkswirtschaft an. Infolgedessen ist es auch eines der beweglichsten Rechtsgebiete. Jeder Wechsel in der Wirtschaft wirkt sofort auf das Besitzrecht zurück. Die römischen Juristen widersprechen sich in Besitzfragen ungemein häufig: das muß wenigstens zum Teile durch den Wechsel der Anschauungen erklärt werden. Nirgends sonst hat das deutsche Recht so zähe und erfolgreich dem römischen Widerstand geleistet, und doch hat es ebenfalls fortwährend gewechselt. Auch der englische trespass zeigt in jedem Jahrhundert ein anderes Gesicht. Das Besitzrecht der Gesetzbücher aus dem Anfang des XIX. Jahrhunderts ist gegenwärtig schon veraltet: sowohl die österreichische als auch die französische Rechtsprechung müssen weit darüber hinausgehen.

In diesem Sinne waren auch in der Tat die Besitzverhältnisse an Grund und Boden zu jeder Zeit nur die rechtliche Seite der wirt-

schaftlichen Bodenverfassung. Was bedeutet es, wenn man von Jäger- und Hirtenvölkern spricht? Das bedeutet offenbar, daß diese Völker ein Eigentum an Grund und Boden im allgemeinen nicht kennen, daß sie an dem von ihnen eingenommenen Gebiete nur ein Stammeshoheitsrecht ansprechen, das jedem Angehörigen ihres Stammes Jagd und Weide gestattet. Schon der älteste Ackerbau, die wilde Feldgraswirtschaft, bringt einen zum mindesten durch rechtliche Eigenmacht geschützten Besitz an dem gerade angebauten Gebiete mit sich. Feste Verhältnisse entstehen mit der Zweifelder- und Dreifelderwirtschaft: unbeschränktes Eigentum an der Hofstätte und am Garten, Aufteilung der Feldmark an die einzelnen in den Höfen angesiedelten Familien, ein durch Flurzwang und Nachbarrecht beschränktes Eigentum am Acker in Gemenglage, Gemeineigentum an der Allmende, an Wald und Wiese. Die intensivere Landwirtschaft, zumal der Fruchtwechsel, führen dazu, daß der Boden von den feudalen Lasten befreit wird, und zum Teil, allerdings erst in der neuesten Zeit, an der gemeinen Mark Einzelrechte entstehen. Und schließlich ist es die Geld- und Kreditwirtschaft, die das Grundstück zu einem Verkehrsgegenstand umbildet und so das moderne Bodenrecht schafft.

Der unmittelbare Zusammenhang der Besitzordnung mit der wirtschaftlichen Verfassung, des Bodenrechts mit der Besitzordnung, ist allerdings beim freien Eigentum des römischen Rechts und des modernen Rechtssystems nicht ohne weiteres erkennbar. Das freie Eigentum ist anscheinend bei jedem Grundstück dasselbe, es mag einen Wald oder ein Bergwerk, einen Acker oder ein „Zinshaus“ tragen. Das erklärt sich damit, daß das römische Grundstück und das moderne gleichermaßen aus der Grundentlastung hervorgegangen sind, die in Rom in einer nicht näher bestimmbaren hinter der geschichtlichen Überlieferung liegenden Zeit den freien italischen Boden geschaffen hatte, in England schon im XVII. Jahrhundert, auf dem europäischen Festlande im Laufe des XVIII. und XIX. Jahrhunderts eingetreten ist. Bis zur Grundentlastung steht das Eigentum in einem stets klar hervortretenden wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Zusammenhange: der Hof in der Dorfansiedlung, der Acker in Gemenglage, Wald und Weide in der Allmende, alles das ist in die ganze gesellschaftliche Ordnung der Gegend eingeschachtelt. Und ebenso sind die Ansprüche des Obereigentümers, die Lasten und Pflichten des Nutzungseigentümers durch ihre gesellschaftliche und staatliche Stellung und den ganzen wirtschaftlichen Zusammenhang gegeben. So ist der Umfang und der Inhalt des Eigentums fast für jedes Grundstück durch das Recht positiv und negativ bestimmt: wie das Eigentum an einem bestimmten Grundstück beschaffen ist,

das läßt sich nicht aus dem Eigentumsbegriff ableiten; bei jedem Acker im Gewann, bei Wald und Weide in der Allmende, bei jedem Bauernhof im Dorfe und jedem Rittergute ist Art und Maß der Benutzung, alles, was der Nachbar fordern kann und gewähren muß, was der Obereigentümer ansprechen darf und der Nutzeigentümer zu geben hat, individuell festgestellt. Diese Schranken und Fesseln, wie sie wohl auch in Rom einst, wenn auch gewiß nicht in dem Maße wie im deutschen Mittelalter, bestanden hatten, sind mit der Grundentlastung gefallen.

Von dem Augenblicke an, da die Grundentlastung vorgenommen wird, ist es nicht mehr notwendig, etwas über den Inhalt des Eigentums zu sagen; der Eigentümer braucht weder auf seinen Nachbar, noch auf einen Übergeordneten Rücksicht zu nehmen, kann alles tun und lassen, was ihm gefällt. Das bedeutet allerdings nicht, daß jetzt der Inhalt des Eigentums nicht mehr durch die ganze wirtschaftliche Verfassung bestimmt wird. Es bedeutet vor allem etwas negatives, daß die eine Art der Gebundenheit, die bisher herrschte, mit dem Falle der bisherigen wirtschaftlichen Verfassung ebenfalls gefallen ist. Seine neue rechtliche Ordnung muß sich nunmehr das Eigentum im Anschluß an die wirtschaftliche Verfassung selbst schaffen: das geschieht jedoch teils auf dem Gebiete des Familien- und Sklavenrechts, teils durch freien Vertrag mit den Grundnachbarn (Nachbarrecht), mit den geheuerten Lohnarbeitern. An einem der wirtschaftlichen Bestimmung und der Sache angepaßten Eigentumsrecht schafft die Rechtsordnung durch eine Reihe wirtschaftspolitischer Vorschriften; aber diese werden meist ins Verwaltungsrecht verwiesen, so daß dadurch das Eigentumsrecht angeblich juristisch nicht berührt wird. Das Ergebnis ist das begrifflich unbeschränkte, unbedingte „römische“ Eigentum, das nicht eine bestimmte, sondern fast jede denkbare Benutzung gestattet. Das „römische Eigentum“ ist ein durch juristische Gedankenarbeit aus dem gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Zusammenhange gerissenes Eigentum.

Aber dieses Eigentum ist doch nur eine Art juristischer Fiktion. Die Lehre von der „vollständigen Herrschaft über die Sache“ wird heute noch zumeist so vorgetragen, als ob damit der ganze Inhalt des Eigentums erschöpft wäre, als ob es kein Forstrecht und kein Wasserrecht, kein Bergrecht und kein Agrarrecht, keine Bau- und keine Gewerbeordnungen gäbe, als ob kein „begrifflicher“ Unterschied vorhanden wäre zwischen dem Eigentum an einem Walde und an einer Brieftasche. Richtig war das nicht einmal für den nach Möglichkeit von allen Lasten und Beschränkungen freigehaltenen fundus des solum italicum, der für den modernen Eigentumsbegriff die einzige empirische Grundlage bildet; denn auch das römische Recht kannte ein Forst-,

Wasser-, Berg-, Agrarrecht, sowie Bau- und Gewerbeordnungen, wenn uns auch das alles zum großen Teile nicht überliefert ist, zum anderen Teile erst aus Inschriften, verstreuten Rechtsquellen und anderen Denkmälern mühsam zusammengesucht werden muß. Mit innerer Notwendigkeit ist das Eigentum (auch das dingliche Nutzungsrecht und Pachtrecht, allenfalls Mietrecht) am Walde, am Wasser, an einem Bergwerk, am Acker, an einem Gebäude, nicht bloß wirtschaftlich, sondern auch rechtlich ein sehr verschiedenes Ding; und ebenso muß das Eigentum, das dingliche Nutzungsrecht oder Pachtrecht an den Gegenständen, die den Sachinbegriff eines gewerblichen Unternehmens ausmachen, je nach der Art dieses Unternehmens einen durchaus verschiedenen Inhalt haben. Das hängt nicht etwa damit zusammen, daß der Gesetzgeber darüber etwas Abweichendes angeordnet hätte. Die gesetzlichen Vorschriften sind hier mehr noch als anderwärts nur ein Niederschlag dessen, was seit jeher tatsächlich geübt worden ist. Es hängt damit zusammen, daß es unmöglich ist, das Eigentum an Sachen von ganz verschiedener wirtschaftlicher Bestimmung nach denselben Grundsätzen auszuüben. Die wirtschaftliche Natur der Sache ist maßgebend für das Verhältnis zum Nachbar, für die innere Organisation des Unternehmens, dem sie dient, für dessen Stellung im Verkehre. Da, wie an einer anderen Stelle nachgewiesen werden soll, die Verträge, durch die das Eigentum verwertet wird, zur Ausübung des Eigentums gehören[1], so entscheidet auch der Inhalt dieser Verträge über den Inhalt des Eigentums: und so ist das Eigentum an einem Bergwerk auch deswegen etwas anderes als das Eigentum an einer Fabrik, weil der Arbeitsvertrag mit dem Knappen etwas anderes ist als der Arbeitsvertrag mit einem Fabriksarbeiter, und das Eigentum an einem Eisenbahnkörper deswegen etwas anderes als das Eigentum an einem Walde, weil der Eisenbahnfrachtvertrag etwas anderes ist als der Holzabstockungsvertrag. Die Vorschriften über die Verträge, auf denen die Ordnung des Eigentums an den Sachen mit besonders wirtschaftlicher Bestimmung beruht, bildet ja den wesentlichen Inhalt des besonderen Rechts, das für diese Sachen besteht, etwa des Bergrechts, des Forstrechts, des Eisenbahnrechts.

Überall wird also der Besitz zum Rechtsverhältnis durch seine Eingliederung in die Wirtschaftsordnung. Durch die wirtschaftliche Tätigkeit des Menschen wird die ihn umgebende Natur seinem Willen unterworfen; in diesem Sinne ist der Besitz nur die tatsächliche Seite der Wirtschaft. Die Gegenstände des Besitzes werden

[1] Die gesetzliche Beschränkung des Arbeitstages in den Fabriken ist eine ganz einschneidende gesetzliche Beschränkung des Eigentums des Fabrikbesitzers, nicht der Vertragsfreiheit der Fabrikarbeiter, wie häufig angenommen wird.

zahlreicher, sobald das Verständnis für deren Nutzen aufkommt. Die Zähmung der wilden Tiere fällt mit dem Entstehen der Viehzucht, die Landnahme mit den Anfängen des Ackerbaues zusammen. Aber eine planmäßige Wirtschaft setzt nicht nur den Besitz, sondern auch den Schutz des Besitzes voraus. Denn erst dann wird es möglich, durch Ansammeln von Vorräten und durch Gütererzeugung für die Zukunft vorzusorgen, wenn der Besitz einigermaßen geachtet wird; erst dann kann der Besitzer darauf rechnen, daß der Ertrag der Arbeit, die er darauf verwendet, um seinen Besitz zu erhalten, zu vermehren und zu verwerten, ihm auch tatsächlich bleiben wird; und so müssen sich notwendigerweise in der gefestigten Wirtschaftsordnung die Besitzverhältnisse zu rechtlich geschützten Verhältnissen verdichten. Jede Besitzordnung ist daher ein Spiegelbild der wirtschaftlichen Ordnung. Der Grund des Besitzesschutzes kann nicht zweifelhaft sein; er liegt darin, daß Landwirtschaft, Gewerbe, Industrie, Handel ohne Sicherheit des Besitzes schlechthin undenkbar wären. Die Schwierigkeit, die den romanistisch gebildeten Juristen der Besitzbegriff machte, lag nur daran, daß sie immer bestrebt waren, den Besitz ohne Rücksicht auf die Wirtschaftsordnung zu bestimmen, was allerdings nicht möglich ist. Viel schwieriger ist es den Grund des Eigentums zu erklären, soweit es sich nicht einfach anschmiegt an die auf dem Besitz beruhende Ordnung. Hier wirken verwickelte gesellschaftliche Beziehungen sehr stark mit, und die ganze Frage gehört in einen andern Zusammenhang.

Aus alledem ergibt sich, daß Besitz und Eigentum für die Soziologie des Rechts bis zu einem gewissen Grade als Wechselbegriffe gelten müssen. Sie ist zu dieser Haltung um so mehr genötigt, als auch die Gesetze und die Jurisprudenz zwischen beiden in der Regel nicht unterscheiden. Man versuche nur eine genaue Begriffstrennung etwa im Finanzrecht, Bergrecht, Wasserrecht, Forstrecht oder Agrarrecht durchzuführen. Was auf diesen Rechtsgebieten vom Eigentum ausgesagt wird, bezieht sich mit sehr seltenen Ausnahmen auf den Besitz, und umgekehrt. So ist es auch im Leben, das ja jeden Augenblick genötigt ist, Besitz für Eigentum zu nehmen. Nur in den Teilen des Besitzrechts, die von Besitz und Eigentum insbesondere handeln, wird zwischen beiden strenge unterschieden. In solchen Ausnahmefällen soll hier an der Unterscheidung festgehalten werden. Dann bedeutet Eigentum, im Gegensatze zum Besitze, die Gesamtheit der Rechtsmittel, die dem Nichtbesitzer zustehen, um sich den Eigenbesitz der Sache zu verschaffen.

Wir gelangen nun zur Erörterung der rechtlichen Willenserklärung als einer Tatsache des Rechts. Es ist an dieser Stelle weder möglich noch auch notwendig, die tatsächlichen Grundlagen der recht-

lichen Willenserklärung und Verfügung in allen ihren Verzweigungen zu untersuchen. Es sind nur zwei Arten, die eine weltrechtsgeschichtliche Bedeutung haben: der Vertrag und die letztwillige Verfügung. Die Satzung des Körperschaftrechts ist ursprünglich eine Zusammenfassung der bisherigen Übung oder eine Abart des Vertrages: sie hat also keine selbständige Bedeutung als Tatsache des Rechts.

Nur vom Vertrag soll hier zunächst die Rede sein. In ähnlicher Weise wie Besitz vom Eigentum und dinglichem Recht muß die bloße Tatsache der Vereinbarung vom Vertrage unterschieden werden. Die germanistische Rechtswissenschaft, die einen zuerst von Brinz ausgesprochenen Gedanken weiter spinnend, den Gegensatz von Schuld und Haftung mit außerordentlicher Feinheit darlegte, hat damit die Grundlage nicht bloß für die historische, sondern auch für die soziologische Betrachtung des Vertrages gelegt. Die Schuld ist das Sollen des Schuldners, ist das, was nach der Regel des Lebens als Inhalt einer Verpflichtung gilt; die Haftung ist das Zugriffsrecht des Gläubigers, das ihm auch gegen den Willen des Schuldners Befriedigung verschafft, und die Vereinbarung wird aus einer bloßen Tatsache zu einer Tatsache des Rechts und damit zum Vertrage, wenn aus dem Übereinkommen auch nur eine Schuld und keine Haftungen entstehen. Der römische contractus begründet Schuld und Haftung, das pactum hat keine Haftung zur Folge, wohl aber in der Regel eine Schuld: der contractus ist daher immer, das pactum in der Regel Vertrag. Die hergebrachte Jurisprudenz, die dem Gegensatze von Besitz und dinglichem Rechte, nach dem Vorgange der Römer volle Aufmerksamkeit widmete, steht einer durchaus gleichlaufenden Erscheinung auf dem Gebiete des Vertragsrechts vollständig ratlos gegenüber, obwohl ihr die Römer auch hier mit dem Begriffe naturalis obligatio, den schon Windscheid als bloße Schuld nach der Verkehrsauffassung (Regel des Lebens) ohne Haftung richtig gewürdigt hatte, einigermaßen vorgearbeitet haben.

Die eine Wurzel des Vertragsrechts ist der bare Tausch. Dieser ist nicht etwa aus dem freundnachbarlichen Verkehr hervorgegangen. In der Sippe, im eigenen Dorfe, schließt man auf tieferen Entwicklungsstufen ebensowenig Verträge, wie sie heute noch im Schoße der Familie eine regelmäßige Erscheinung sind. Den Güterverkehr vermittelt Beute und der Austausch von Gastgeschenken. Der älteste Kaufmann ist eine höhere Entwicklung des Piraten, der sich überzeugt hat, daß ihm der Handel mit den Fremden mehr Vorteil bringt als der Raub an Fremden. An den Raub knüpfen auch die ältesten bekannten Formen des Handels an. Die Zwergvölker Afrikas brechen kurz vor der Ernte in die Felder der Neger ein, nehmen die Bananen, Erdnüsse und Mais, die dort wachsen, mit, und lassen das

getrocknete Fleisch, das Haupterzeugnis ihrer Wirtschaft, den Beraubten zurück. Etwas höher steht der stumme Handel, von dem Herodot und Plinius berichten. „Der älteste Vertrag ist der Vertrag des Güteraustausches, er kann abgeschlossen werden, ohne persönliche wörtliche Beziehung; die Chroniken erzählen uns vom stummen Handel zwischen den Russen und Fremden, von denen die einen die Sprache der anderen nicht verstehen": so leitet Budanow-Wladimirski die Geschichte des Vertrages in seiner russischen Rechtsgeschichte ein.

Die zweite Wurzel des Vertragsrechts ist die Unterwerfung unter die fremde Herrschaft. Eine solche ist vor allem der Selbstverkauf: der Mann, der für seine Wirtschaft Saatkorn braucht oder im Spiele mehr verloren hat als er zahlen kann, gibt sich zu Eigen dem reichen Herrn, der ihn für den Vorschuß in sein Gewahrsam nimmt und für sich arbeiten läßt. Eine andere Art ist die ritterliche Leihe, die den Empfänger des Grundstücks zur Kriegsfolge und ritterlichen Diensten verpflichtet, die Zins- und Dienstleihe, die dem Empfänger Abgaben und Dienstleistungen auferlegt, der Ergebungsvertrag, bei dem der Mann sich mit seiner Person und seinem Gut in die Gewalt des Mächtigen begibt, der ihm gegen Dienste und Abgaben Schutz gegen Angriffe verheißt.

Sowohl beim Austausch als auch beim Unterwerfungsvertrag besteht der Vertrag zunächst in einem Einräumen des Besitzes an einer Sache in dem einen, an der Person in dem andern Falle. Aber an die Besitzübertragung schließen sich doch meist noch andere Vereinbarungen: beim Austauschvertrage die Zusicherung, daß die Sache nicht gestohlen ist, beim Unterwerfungsvertrage eine Beredung über die gegenseitigen Leistungen, die Zusage des Gläubigers an den Schuldner, er werde ihn freilassen, sobald die Schuld bezahlt oder abgearbeitet ist. Hier geht also die Schuld über die Haftung hinaus, denn für diese Beredungen gibt es keine Haftung.

Aber die Schuld kann gesichert werden durch den Besitz einer andern Person als der des Schuldners, oder einer andern Sache als der, die Gegenstand der Vertragsberedung war. Das ist der Fall, wenn der Schuldner dem Gläubiger einen dritten als Geisel gibt oder ein Pfand einhändigt. Bisher bestand die Haftung nur darin, daß der Gläubiger den Schuldner oder den geschuldeten Gegenstand behielt, bis er bezahlt worden ist, jetzt löst sich die Vertragsverbindlichkeit vom Besitze der Person und der Sache, die Subjekt oder Objekt des Vertrages ist, ab. Die Haftung wird selbständig, und Umfang, Inhalt und Dauer der Haftung wird nach Umfang, Inhalt und Dauer der Schuld, also in letzter Linie nach dem Vertrage bestimmt. Der Gläubiger, der den Geisel nicht freigibt, das Pfand nicht zurückstellt, obwohl die Schuld bereits erloschen ist, macht sich des Menschen-

raubs oder des Diebstahls schuldig, und das begründet schon früh einen gerichtlich verfolgbaren Anspruch, vielleicht ist es zunächst ein Blutfall. Auf die nicht erfüllte Rückstellungspflicht beschränkt, mag die sehr verbreitete Ansicht richtig sein, die Vertragsverbindlichkeit sei dadurch klagbar geworden, daß der Verpflichtete, der nicht geleistet hat, als strafpflichtig behandelt worden sei: im übrigen entsteht aber die Vorstellung, wer seiner Verbindlichkeit schlecht oder gar nicht nachkomme, hafte für den Schaden, der daraus entsteht, sehr spät, viel später als die unmittelbare Haftung aus dem Vertrage.

Jede weitere Entwicklung der Vertragshaftung liegt in einer fortschreitenden Ablösung der Haftung vom Besitze des Gegenstandes der Haftung, und in einer fortschreitenden Aufnahme des Inhalts der Schuld in die Haftung. An Stelle der sofortigen Selbstveräußerung und Vergeiselung tritt die bedingte Selbstveräußerung und die Bürgschaft: der Schuldner verkauft sich an den Gläubiger erst für den Fall, daß die Schuld nicht berichtigt wird (das Treugelöbnis der Germanen, das nexum der Römer, zahlreiche Fälle im altrussischen Recht), oder gibt ihm für diesen Fall einen Bürgen. Das Pfand schwächt sich zur Wette ab: das heißt, es wird vom Schuldner dem Gläubiger ein wertloser oder minderwertiger Gegenstand als Symbol übergeben. Durch all das werden die Unterwerfungs- und Pfandverträge allmählich zu Realverträgen. In der Folge wird auch der Austauschvertrag aus einem Barvertrage zu einem Realvertrage: Der eine Vertragsteil wird schon dadurch, daß er die Leistung des anderen angenommen hat, zu einer Gegenleistung verpflichtet. Später genügt die Annahme einer Teilleistung, und schließlich sogar die Annahme einer Scheinleistung (Arrha, Angeld). Diese zieht dann nicht bloß die Haftung des Nehmenden, sondern auch des Gebenden für die von ihm versprochene Leistung nach sich. Ob daneben das eidliche Versprechen der Leistung, womit der Schuldner die Rache der Götter auf sich heraufbeschworen hatte, wenn er sein Versprechen nicht erfüllte, schon auf dieser Stufe als Formalvertrag von entscheidender Bedeutung für die Rechtsentwicklung wurde, läßt sich wohl nach dem bisherigen Stande der Forschung noch nicht entscheiden. Ursprünglich diente das Formalversprechen jedenfalls nur, um den Vergleich auf Zahlung des Wehrgeldes oder der Buße zu bekräftigen.

Das alles bedeutet vor allem, daß sich die Haftung nicht mehr an den Besitz, sondern an den Vertrag anschließt: der Gläubiger erhält unabhängig vom Besitze ein Zugriffsrecht auf die Person oder das Vermögen des Schuldners, dessen Art und Umfang durch den Inhalt der Vertragsschuld bestimmt ist. Die ganze Entwicklung ist für die germanischen Rechte durch die neuen Forschungen außer allen Zweifel gestellt; das römische Recht, obwohl es uns erst auf

einer viel späteren Entwicklungsstufe bekannt wird, hat von ihr zahllose Spuren aufbewahrt. Für höchst wahrscheinlich halte ich es, daß sich die wenigen Worte, die uns Festus aus dem foedus Latinum unter dem Schlagworte nancitor überliefert hat, das Recht des Gläubigers betreffen, sich der Vermögensstücke des Schuldners zu bemächtigen. Der älteste römische Prozeß, die legis actio per manus iniectionem, ist noch in historischer Zeit ein sehr lebendiger Rest des Gläubigerrechts auf die Person des Schuldners. Der Gläubiger ergreift den Schuldner, wo er ihn findet und führt ihn in seine Gewahrsame ab. Da das kein Raub ist, sondern rechtliche Selbsthilfe, so gibt es keinen Anlaß zur Fehde: wer den Schuldner verteidigen will, muß mit dem Gläubiger vor den Prätor gehen. Die herrschende Ansicht, der Gläubiger hätte die manus iniectio erst vor Gericht vorzunehmen, ist offenbar unrichtig. Wir finden die legis actio per manus iniectionem bei den Südslawen noch bis zum Schlusse des Mittelalters unter dem Namen Udawa. Sie wurde von Novakovič mit den Abschwächungen, die sie im Laufe der Zeit erlitten hatte, in einer von der serbischen Akademie der Wissenschaften herausgegebenen Abhandlung, hauptsächlich auf Grund ragusanischer Quellen, sehr anschaulich geschildert.

Erst nachdem die Haftung vom Besitz vollständig abgelöst ist, und der Umfang der Haftung mit dem Inhalt der Schuld wenigstens grundsätzlich zusammenfällt, ist für den Kreditvertrag die Bahn frei geworden. Der Kreditvertrag bringt jedoch die vollständige Umwertung des Vertrags mit sich. Die Austauschverträge und Unterwerfungsverträge verlieren dadurch ihre ursprüngliche Eigenart, daß es in immer größerem Umfange möglich wird, dem Schuldner die Gegenleistung, für die er haftet, zu kreditieren. Aus dem Selbstverkauf entsteht das Darlehen, die Dienst- und Zinsleihe wandelt sich in den Miet- und Pachtvertrag, dem jede persönliche Unterordnung und jede Arbeitspflicht fremd ist, (im römischen Rechte keineswegs ganz durchgeführt), so daß bei entwickelteren Verhältnissen nur noch der Dienst- und Lohnvertrag sowie der Auftrag daran erinnern, daß einst der Vertrag eine persönliche Unterordnung zur Folge haben konnte. Der Austauschvertrag wird durch den Kredit zu einem Konsensualvertrag.

Man muß daher bei der Entwicklung der Vereinbarung zu einer Tatsache des Rechts folgende Stufen unterscheiden: den Barvertrag, den Schuldvertrag, den Haftungsvertrag und den Kreditvertrag. Der Barvertrag erzeugt nur den Besitzerwerb an den Gegenständen des Vertrages. Die Tatsache des Rechts ist hier nicht der Vertrag, sondern der Besitz, alle Rechtsfolgen die eintreten, sind Folgen des Besitzüberganges, nicht des Vertrages. Sobald sich aber an den Besitzübergang Zusagen schließen und an diese sich die Schuld knüpft,

begründet der Vertrag neben dem Besitzaustausch auch eine Schuld und tritt so als selbständige Tatsache des Rechts ein. Erst mit dem Haftungsvertrag, der dem Gläubiger für die Schuld den Zugriff an den in seinem Besitze befindlichen Personen und Sachen des Schuldners gestattet, wird der Vertrag als eine Haftung erzeugende Tatsache des Rechts immer mehr von jeder Verbindung mit dem Besitze frei.

Der gemeinrechtliche Grundsatz der Klagbarkeit des formlosen Vertrages bedeutet, daß jeder Vertrag grundsätzlich sowohl Schuld als Haftung erzeugt, und daß sich der Umfang der Haftung nach dem Umfang der Schuld richtet. Das hat allerdings dem gemeinrechtlichen Juristen die Erkenntnis erschwert, daß es heute noch, wie in der grauen Vergangenheit, neben den contractus auch pacta, neben den haftungsbegründenden Verträgen auch solche gibt, aus denen nur eine Schuld entsteht.

Um so nachdrücklicher muß es daher hervorgehoben werden, daß es für das wirtschaftliche Leben vor allem auf die Schuld, nicht auf die Haftung ankomme, daß es in der großen Mehrzahl der Fälle fast gleichgültig ist, ob ein Vertrag klagbar ist, wenn nur nach der Regel des Handelns, die das Leben beherrscht, auf dessen Erfüllung gerechnet werden kann. Es liegt angesichts der grundsätzlichen Klagbarkeit des Vertrages gewiß nahe, zu meinen, Verträge werden im Leben nur deswegen gehalten, weil sie klagbar sind; aber nicht bloß die Rechtsgeschichte, auch ein Blick auf das moderne Leben zeigt, daß vielmehr die Verträge deswegen klagbar geworden sind, weil sie im Leben in der Regel gehalten werden. Auch heute noch spielt der unklagbare, bloße Schuld begründende Vertrag in Wirtschaft und Gesellschaft eine große Rolle. Ein sehr bedeutender Teil der Industrie beruht auf Kinderarbeit, die Arbeitsverträge mit den Kindern waren bis zum Beginn der Arbeiterschutzgesetzgebung zweifellos überwiegend ungültig und viele sind es auch noch in der Gegenwart: aber das hindert nicht, daß die Kinderausbeutung stets ein sehr sicheres und überaus lohnendes Geschäft gewesen ist. Ein gutes Stück des Börsenverkehres bewegt sich seit mindestens einem Jahrhundert schon mit großer Sicherheit jenseits der Grenze des Klagbaren und zum Teil auch des rechtlich Zulässigen. Ganz besonders haben die gesellschaftlichen Kämpfe und die wirtschaftliche Bewegung zu einer ganzen Reihe unverbindlicher Verträge geführt: zahlreiche Kartellvereinigungen der Unternehmer, viele Lohnverabredungen der Arbeiter, sowie die meisten Tarifverträge werden nicht vor Gericht durchzusetzen sein.

Es ist daher notwendig, nicht bloß in der Geschichte, sondern auch im geltenden Rechte daran festzuhalten, daß es neben den Vereinbarungen, die ganz außerhalb des Rechts stehen, Verträge gibt,

die eine Schuld, aber keine Haftung, die nur eine Regel, nach der sich die Menschen im Leben richten, nicht aber eine Regel, nach der die Behörden vorgehen, bedeuten, und daß diese Verträge für das wirtschaftliche Leben ebenso wichtig sind, wie die klagbaren Verträge. Die Rechtswissenschaft wird das nicht übersehen dürfen. Sie wird aber noch weiter gehen und beachten müssen, daß auch der klagbare Vertrag die Welt nicht so regiert, wie er von den Behörden zur Geltung gebracht wird, sondern so, wie er zur Regel des Handelns geworden ist.

Die Rechtsgeschichte zeigt uns also, daß in allen Fällen, wo der Vertrag zur Tatsache des Rechts wird, damit nicht etwa die Selbstherrlichkeit des menschlichen Willens durch das Recht anerkannt, sondern der Rolle Rechnung getragen wird, die der Vertrag tatsächlich im gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Leben spielt. Für das Recht ist der Vertrag nichts als ein Werkzeug der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Ordnung; nur der Vertrag wird zu einer Tatsache des Rechts, und nur so weit wird er es, als ein gesellschaftliches Bedürfnis dafür vorliegt, und er verliert sich auch sofort aus dem Leben, sobald das Bedürfnis, das ihn veranlaßte, verschwunden ist. Die Ergebung in ein Schutzverhältnis oder der Lehnsvertrag wäre heute ebenso unmöglich, wie ein Hypothekardarlehen im taciteischen Germanien. Auch das Vertragsrecht ist nur die rechtliche Form der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Ordnung.

Es war möglich, die bisherigen Ausführungen auf allgemein anerkannte Ergebnisse der vergleichenden Rechtswissenschaft und der Rechtsgeschichte zu gründen. Nicht ganz dasselbe gilt vom Erbrecht. Die herrschende Lehre führt das Erbrecht auf das Familieneigentum zurück: selbst dort, wo es nicht mehr bestehe, wirke es insofern nach, als es gewissen Verwandten, die einst an der Familiengemeinschaft teilgenommen hatten, ein unentziehbares Warterecht gebe. Wäre das richtig, dann hätte sich das Erbrecht aus einem andern Rechtsverhältnis entwickelt, und wir hätten nicht den Tatsachen, die zum Erbrecht, sondern den Tatsachen, die zum Warterecht der Verwandten geführt hatten, nachzuforschen.

Schon Sir Henry Sumner Maine äußerte jedoch Zweifel an der Richtigkeit dieser Lehre. Sie scheint mir, wenigstens für die germanischen Völker, für die sie zuerst aufgestellt worden ist, widerlegt von Ficker. Ficker hat, wie ich glaube, überzeugend nachgewiesen, daß das Erbrecht auch bei den Germanen älter sei als das Warterecht, daß der Eigentümer zu einer Zeit, da bereits ein ausgebildetes Verwandtenerbrecht besteht, über sein Eigentum frei verfügen kann, ohne sich um die Ansprüche seiner Kinder, geschweige denn der entfernten Verwandten, zu kümmern.

Die Urgeschichte des Erbrechts muß vielmehr von der Hausgemeinschaft ausgehen. Das Erbrecht wurzelt im Hause. Und hier handelt es sich um zwei Fragen: vor allem, wem gehörte der Nachlaß eines Verstorbenen, wenn er in einer Hausgemeinschaft lebte, und wem gehörte er, wenn er als Einzelner nur etwa mit Unfreien oder Dienstboten wirtschaftete. Dieser letzte Fall ist offenbar in der ursprünglichen Gesellschaft sehr selten, kommt vielleicht gar nicht vor, wird aber später, innerhalb eines geordneten Staatswesens, das auch dem Einzelnen das Dasein ermöglicht, immer häufiger. Es ist leicht zu begreifen, daß das Eigentum des Verstorbenen, soweit es ihm nicht ins Grab mitgegeben wurde, seinen Angehörigen verblieb, die mit ihm zusammen gewirtschaftet und gewohnt haben. Das betrifft allerdings nur die bewegliche Habe, denn diese Ordnung herrscht schon bei Jägern und Viehzüchtern, ist also älter als der Grundbesitz. Die Hausgenossen brauchen die Hinterlassenschaft des Verstorbenen nicht erst in Besitz zu nehmen, denn sie haben sie schon im Augenblicke seines Todes, sie sind auch in der Lage, jeden Angriff eines Dritten mit denselben Mitteln abzuwehren, wie zu seinen Lebzeiten. Die Hausgenossen bleiben auf den hinterlassenen Gütern, sitzen und wirtschaften weiter, wie sie gewirtschaftet haben, es hat sich nicht viel geändert, es gibt jetzt nur einen weniger im Hause. Die Tatsache des Rechts ist also hier der Besitz. Über dieses Sitzenbleiben der Hausgenossen auf den hinterlassenen Gütern hat es aber das ursprüngliche Erbrecht nicht gebracht. Hat der Verstorbene daher nicht in einer Gemeinschaft gelebt, so wird sein Nachlaß herrenlos. Bei den Römern und den Germanen sind noch im historischen Erbrecht deutliche Spuren dieses Zustandes vorhanden; die wichtigsten finden sich aber wohl bei den Slawen, deren älteste Rechtsdenkmäler überhaupt eine höchst interessante, sehr frühe Entwicklungsstufe darstellen, die bei den andern Völkern Europas lange schon überwunden war, bevor deren Rechtsüberlieferung schriftlich abgefaßt worden ist. Den Russen, den Polen, den Masowiern, den Tschechen und Mährern und wohl auch den Serben des XIII. Jahrhunderts ist das Erbrecht der Seitenverwandten noch unbekannt; im Falle des unbeerbten Todes wird der Nachlaß „leer“ und fällt an den Fürsten oder, bei Hörigen, an deren Herrn.

Soweit die slawischen Rechtsbücher des XIV. Jahrhunderts das Erbrecht der Seitenverwandten, übrigens nur in beschränktem Maße, anerkennen, das Statut von Wislica und das Gesetzbuch des Zaren Duschan (Art. 41 und 48), zeigt schon die Fassung, daß es sich um eine Neuerung handelt. Bei den Slawen hat offenbar die rasch erstarkte Fürstenmacht die Ausbildung des Seitenverwandtenerbrechts, das ihr Heimfallsrecht verkürzte, im eigenen Interesse lange verzögert

Das Heimfallsrecht der Fürsten dürfte bei den Böhmen und Polen auf deutsche, bei den Russen und Serben auf byzantinische Einflüsse zurückzuführen sein.

Die letztwillige Erklärung erhält erst sehr spät die Bedeutung einer über den Tod wirksamen Verfügung. Bis dahin finden wir nur die Aufnahme eines Fremden ins Haus, mit der Wirkung, daß die Güter des Hausvorstandes nach seinem Tode auf den Aufgenommenen wie auf einen andern Hausgenossen übergehen sollen. Etwas später erscheint die Schenkung auf den Todesfall mit sofortiger Übergabe, aber bis zum Tode vertagtem Rechtserfolg, und das Treuhandgeschäft, dessen weltrechtsgeschichtliche Bedeutung uns das bahnbrechende Werk von Robert Caillemer gezeigt hat. Im römischen Erbrecht erscheint der Treuhänder zweimal: als familiae emptor und als Fiduziar; — im Treuhandgeschäfte wurzeln auch die englischen uses und trusts. Das Erbrecht hat auch hier also keine selbständigen Züge, es schließt sich an die Besitzordnung an und verwertet den Vertrag. Die Aufnahme ins Haus (Arrogation, Adoption, Adfatomie) hat den unmittelbaren Besitz der Güter des Verstorbenen durch den Aufgenommenen zur Folge, die Schenkung auf Todesfall, das Treuhandgeschäft wirkt als Vertrag unter Lebenden, häufig verbunden mit Besitzübertragung. Erst im Testament wird die Verfügung zu einer selbständigen Tatsache des Erbrechts.

Die wirtschaftliche Bedeutung des Erbrechts tritt nicht so unzweideutig hervor wie die der anderen Rechtseinrichtungen, da sich auf diesem Gebiete zuweilen mehrere Strömungen kreuzen und lähmen. Vor allem handelt es sich um eine Fortsetzung der Wirtschaft. Ganz klar liegt das zutage bei der bäuerlichen Familiengenossenschaft. Hier wird die Wirtschaft einfach von den Hinterbliebenen fortgeführt: aber das ist eigentlich kein Erbrecht, denn die Familiengenossenschaft ist unsterblich. Gibt es keine Hinterbliebenen, dann ist der wirtschaftliche Verband zerfallen, es ist niemand da, der die Wirtschaft fortsetzen könnte: es ist nur ein anderer Ausdruck dafür, daß der Nachlaß herrenlos wird, oder daß sich der Fürst, auf die militärischen Machtmittel des Staates gestützt, seiner bemächtigt. Aber bald kommt das Bestreben auf, den Nachlaß den früheren Hausgenossen oder den Verwandten vorzubehalten. Das Erbrecht soll nicht einem wirtschaftlichen, sondern einem rein gesellschaftlichen Verbande, der Familie, dienen. Gewiß wirkt dabei auch der Gedanke mit, die Familie werde die Wirtschaft des Verstorbenen fortsetzen, aber ein Blick auf die tatsächliche Gestaltung der Erbrechtsordnung lehrt, wie sehr gerade bei der Verwandtenerbfolge der gesellschaftliche Gesichtspunkt den wirtschaftlichen zurückgedrängt hat. Nur wo, wie im englischen Recht, das Erbrecht des Erst-

geborenen vorherrscht, ist gegen die Zerstörung der Wirtschaft durch Zerfall im Erbwege selbstverständlich vorgebaut: aber die treibende Kraft war auch hier die Rücksicht auf die Familie, und die ganze Einrichtung war durchaus nicht wirtschaftlich gedacht. Daher das so starke und bezeichnende Bestreben, die Wirtschaft durch Annahme an Kindesstatt oder durch Verfügungen auf Todesfall zu erhalten; bei einem, besonders unwirtschaftlichen Erbrecht wie das spätere römische oder das moderne festländische, gilt die Errichtung eines letzten Willens als Pflicht, der Tod ohne letztwillige Erklärung als großes Unglück. Auch bei der letztwilligen Erklärung spielen wieder unwirtschaftliche Einflüsse hinein: Rücksichten auf die Familie, die durch eine letztwillige Verfügung davor zuweilen behütet wird, um das Erbe zu kommen, auf die Kirche, die Wohlfahrtseinrichtungen, endlich die Pietät für den Verstorbenen. Das waren bloß gesellschaftliche Kräfte, die aber der letzwilligen Anordnung noch lange, bevor sie von den Behörden anerkannt worden ist, Geltung verliehen haben.

Es wäre zweifellos ein arger Irrtum, über die wirtschaftlichen die anderen gesellschaftlichen Erscheinungen zu übersehen. Staat, Kirche, Unterricht, Kunst, Wissenschaft, Geselligkeit, Unterhaltung spielen im Leben der Gesellschaft nicht minder eine Rolle als die wirtschaftliche Arbeit. Es wurde daher insbesondere bei der Besprechung der menschlichen Verbände und des Erbrechts auf die Bedeutung nichtwirtschaftlicher Einflüsse hingewiesen: selbstverständlich machen sie sich auch bei den Herrschaftsverhältnissen, beim Besitz, beim Vertrage jeden Augenblick geltend. Aber es darf dabei nicht vergessen werden, daß die Wirtschaft die Voraussetzung jeder nicht wirtschaftlichen Betätigung bildet. Der Staat kann nur so weit erhalten, die Kirche bedient, Unterricht gewährt, Kunst und Wissenschaft gepflegt werden, und nur soweit sind für Geselligkeit und Unterhaltung Muße und Mittel vorhanden, als die Volkswirtschaft einen Ertrag abwirft, der die Lebensnotdurft der Arbeitenden übersteigt. Deswegen ist das Verständnis der Wirtschaftsordnung die Grundlage für das Verständnis der ganzen sonstigen gesellschaftlichen, insbesondere auch der rechtlichen Ordnung der Gesellschaft.

Fassen wir die Tatsachen des Rechts in den Anfängen des gesellschaftlichen Lebens ins Auge, so ergibt sich, daß sie sich alle auf zwei zurückführen lassen: den menschlichen Verband, der durch die Übung zusammengehalten und geordnet wird als Subjekt, und den Besitz, das gesellschaftliche Verhältnis, das im Verbande zum Rechtsverhältnis wird als Objekt. Alle Herrschaft scheint im Anfang auf dem Besitz der beherrschten Person in einem Verband beruht zu haben; der Vertrag besteht in einseitiger oder gegenseitiger Besitzübertragung oder Selbstergebung in

einen fremden Besitz; das Erbrecht darin, daß die Angehörigen eines Verstorbenen das, was er bisher mit ihnen zusammen besessen hat, allein behalten, und das, was er im gemeinsamen Haushalte allein besessen hat, untereinander verteilen. Jedes Recht beginnt also damit, daß im Verbande zur Achtung der Person der Verbandsangehörigen auch die Achtung ihres Besitzes sich hinzugesellt, zur Grundlage der allgemeinen Ordnung und zur allgemeinen Regel des Handelns wird. In der Folge aber wird aus dem Besitz des Menschen das Recht auf den Menschen, (Herrschafts- und Familienverhältnisse) und schließlich das Recht auf eine Leistung des Menschen (persönliche Haftung), aus dem Besitz einer Sache das Recht auf die Sache oder auf einzelne Nutzungen der Sache, (Eigentum und dingliche Rechte), und schließlich verwandelt sich der Besitz der Sache auf Grund eines Vertrages in ein Recht auf die Sache auf Grund der Erklärung des bisherigen Besitzers. In dem langsamen Ausbau der Normen, die die Achtung für die Person des Verbandsangehörigen und ihres Besitzes befehlen, und ihrer Entwicklung zu Normen des friedlichen Güteraustausches und Güterverkehrs, in der Ausweitung und Differenzierung der menschlichen Verbände zu einer immer umfassenderen, feineren und mannigfacheren Gliederung der Menschheit, besteht von nun an jede Rechtsentwicklung.

Man darf jedoch diesen Gedanken wohl noch ein wenig weiter spinnen. In den einfachen Verbänden der Völker auf der tiefsten uns bekannten Stufe finden wir weder den Besitz an Sachen noch den Vertrag. Die Ordnung im Verbande beruht ausschließlich auf der Übung und wohl auch auf der Herrschaft über Frauen und Unmündige. Die Tatsache dieser Herrschaft erklärt sich jedoch zur Genüge damit, daß die Völker, die sich auf der tiefsten uns bekannten Stufe finden, immerhin bereits eine gewisse Entwicklung erreicht haben, bei der Geschlechtsunterschiede und Altersstufen zu Sonderverbänden führen; in den längst verschwundenen alleräItesten Verbänden wird die Übung wohl das einzige ordnende Element gebildet haben. Aber auch in dem ursprünglichen Verbande unserer heutigen Gesellschaft, in der Hausgenossenschaft der Familie gilt der Besitz und der Vertrag noch nicht als Tatsache des Rechts; auch hier gründet sich die ganze Ordnung auf die Übung, und das um so mehr, je besser und inniger das Familienleben ist. Verträge, die etwa über die Familienbeziehungen abgeschlossen werden (zumal Ehegüterverträge) sollen im Vorhinein nur das Verhältnis für den Fall der Auflösung der Hausgenossenschaft regeln: solange die Familie beisammen bleibt und gut auskommt, kümmert sich gemeiniglich niemand um Verträge und ebensowenig um Besitz. Unter allen Tatsachen des Rechts ist daher die Übung die einzige ursprüngliche. Besitz und Vertrag

werden zu Tatsachen des Rechts erst in den höheren, aus mehreren einfachen zusammengesetzten Verbänden, und sind dort überhaupt noch nicht vorhanden, wo es keine zusammengesetzten Verbände gibt. Von den zwei anderen Tatsachen des Rechts ist der Besitz offenbar älter und ursprünglicher als der Vertrag. Wo Besitz nicht die Beziehungen der Verbände regelt, da haben sie sich entweder noch nicht zu einem Verbande höherer Ordnung zusammengetan oder sie haben ihn bereits gelöst: in beiden Fällen leben sie im Kriege. Auch heute noch bestimmt der Besitz das Verhältnis von Menschen, die nur in einem losen gesellschaftlichen Verbande stehend, miteinander in Frieden auskommen sollen: es sei an das Belegen der Plätze und Stühle im Eisenbahnwagen und auf dem Schiffe erinnert, an das Beschlagnehmen der Zeitungen im Kaffeehause; auch die Regeln der Reihe am Schalter oder im Wartezimmer sind den Regeln des Besitzes verwandt. Der Vertrag setzt einen viel engeren Zusammenhang voraus, und um so mehr, je mehr er sich von der bloßen Besitzübertragung ablöst. Ein Vertrag, der über den Baraustausch hinausgeht, selbst ein ganz unverbindliches Übereinkommen, wird gemeiniglich nur abgeschlossen unter Bekannten, unter Personen derselben gesellschaftlichen Klasse, unter Geschäftsfreunden oder mit einem Geschäftmanne, wohl auch unter Landsleuten im Auslande.

Die ganze wirtschaftliche und gesellschaftliche Ordnung der Menschheit fügt sich also aus diesen wenigen Tatsachen zusammen: Übung, Herrschaft, Besitz, Verfügung (im wesentlichen Vertrag und letztwillige Anordnung). Diese Tatsachen sind es, die schon durch ihr bloßes Dasein den menschlichen Verbänden, aus denen die Gesellschaft besteht, die Regeln des Handelns bestimmen, die selbstverständlich keineswegs ausschließlich Rechtsnormen sind. Sie bilden die Elemente, auf die sich die ganze unendliche Mannigfaltigkeit der Erscheinungen unserer Rechtswelt, und zum Teil auch der sonstigen Normenwelt, auflöst. Jeder kleine menschliche Verband ordnet sich dabei zunächst durchaus selbsttätig, und wenn sich die kleinen Verbände zu größeren vereinigen oder vereinigt werden, so muß der zusammengesetzte Verband sich zwar im Verhältnisse zu seinen Bestandteilen eine eigene Ordnung schaffen, aber auch notwendig im Ganzen die Ordnung übernehmen, die bereits in seinen Urzellen bestanden hat, und sie im allgemeinen so lassen, wie sie sich dort entwickelte. Es ist ja gewiß sehr einfach, aber auch ungeheuer oberflächlich, zu glauben, daß heutzutage der Staat die Ordnung überall schaffe. Trotz des angeblich überall gleichen staatlichen Familienrechts gibt es keine zwei gleichen Familien, trotz des staatlichen Gemeinderechts keine zwei gleichen Gemeinden, trotz des gleichen Vereinsrechts keine zwei gleichen Vereine, trotz des gleichen Eigentums-, Vertrags- und Gewerberechts

keine zwei gleichen Landwirtschaften, Werkstätten, Fabriken und selbstverständlich auch keine zwei gleichen Verträge. Die Unterschiede im einzelnen treten selbstverständlich um so schärfer hervor, wenn man wiederum nicht ganz oberflächlich den Wortlaut der Satzung und des Vertrags ins Auge faßt, sondern auch die Art betrachtet, wie sie in den einzelnen Verbänden ins Werk gesetzt und geübt wird. Der Schwerpunkt liegt überall in der Ordnung, die sich die Verbände selber geben, und das Leben im Staate und in der Gesellschaft hängt weit mehr von der Ordnung in den Verbänden ab, als von der Ordnung, die vom Staate und der Gesellschaft ausgeht.

Aber über diese ganze unübersehbare Mannigfaltigkeit dürfen auch die Gleichförmigkeiten nicht übersehen werden. Sie beruhen vor allem darauf, daß die Bedingungen des wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebens in den einzelnen Verbänden in einem großen Umfange, sowohl zeitlich als örtlich, zum Teil aber auch unabhängig von Zeit und Ort, so gleichmäßig sind, daß sich eine große Zahl gleicher Regeln daraus mit einer gewissen Notwendigkeit ergeben. Dazu kämen dann auch unmittelbare Entlehnungen. Denn inhaltlich entstehen die Normen keineswegs mit jedem neuen Verbande aufs neue. In jeder Gesellschaft ist ein großer Vorrat von rechtlichen und außerrechtlichen Normen bereits vorhanden, der im Bewußtsein der Menschen lebt; er hat sich im Laufe der Jahrtausende der Gesittung entwickelt in den Verbänden, die schon längst entstanden sind, und die Menschen, die zu einem neuen Verbande zusammentreten, bringen ihn ererbt oder angelernt mit. An das, was die weit hinter uns liegende Urzeit für ihre noch sehr einfachen Verbände geschaffen, hat jedes folgende Geschlecht angeknüpt, das meiste unverändert übernommen, das unbrauchbar gewordene ausgeschieden, anderes für besondere Zwecke besonders ausgestaltet, einiges, zumal bei Organisationen rechtlicher Art, durch Satzung oder Vertrag ausdrücklich festgelegt. Jede neue Familie spiegelt im wesentlichen die bestehende Familienordnung, jedes neue wirtschaftliche Unternehmen schließt sich in den Grundzügen an die hergebrachte rechtliche und außerrechtliche Verfassung von Unternehmungen ähnlicher Beschaffenheit an, jeder neue abgeschlossene Vertrag entlehnt den größten Teil seines Inhalts dem hergebrachten Inhalt der Verträge dieser Art; was aber dabei für neue Zwecke neu aufkommt, wird, wenn es sich bewährt, dem gesellschaftlichen Normenschatze einverleibt und dient späteren Verbänden zur Richtschnur. Es ist ein ewiges Anpassen an neue Bedürfnisse und Verhältnisse, in dem sich zugleich die Entwicklung der Menschheit und ihrer Normenwelt verkörpert. Es genügt vielleicht, darauf hinzuweisen, welche Menge neuer Normen nicht bloß des Rechts, sondern auch der Sittlichkeit,

der Sitte, der Ehre, des Anstandes, des Taktes, vielleicht auch, wenigstens in einem gewissen Sinne, des guten Tones und der Mode, in den letzten Jahrzehnten infolge der sozialen Bewegung in den verschiedenen durch sie veranlaßten oder neu geordneten gesellschaftlichen Organisationen entstanden sind.

Eine vereinzelt in der Gesellschaft aufgekommene Tatsache ist keine gesellschaftliche Tatsache; eine vereinzelte Einrichtung kann nicht zur Entstehung gesellschaftlicher Normen führen und wird von der Gesellschaft unbeachtet bleiben. Erst verbreitet und allgemein geworden, kann sie sich als Bestandteil der gesellschaftlichen Ordnung erweisen. Wird also eine Menschengruppe von bestimmter Art, etwa eine besondere Art des Familienzusammenlebens, eine neue Kirche, eine neue politische Richtung, ein Unterwerfungsverhältnis, eine Besitzform, ein Vertragsinhalt, infolge ihrer allgemeinen Verbreitung zu einer wichtigen und dauernden Erscheinung, dann erst muß die Gesellschaft dazu auch Stellung nehmen: sie muß sie entweder ablehnen, allenfalls bekämpfen, oder als geeignetes Mittel zur Befriedigung der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Bedürfnisse in die allgemeine gesellschaftliche und wirtschaftliche Ordnung aufnehmen: ist das geschehen, so werden sie zu einer neuen Organisationsform der Gesellschaft und dadurch zu einem gesellschaftlichen Verhältnis, unter Umständen zu einem Rechtsverhältnis.

VI.

Die Entscheidungsnormen.

Die Gerichte entstehen nicht als Organe des Staates, sondern der Gesellschaft. Sie haben ursprünglich nur im Auftrage der Sippen und Familien, die miteinander bereits in Beziehung getreten sind, darüber zu erkennen, ob ein Streit zwischen den Angehörigen verschiedener Verbände in Buße abgelöst werden kann oder in Blut gesühnt werden muß, allenfalls die Höhe der Buße zu bestimmen. Erst viel später kommen auch staatliche Gerichte auf für die Sachen, die den Staat unmittelbar angehen: Anschläge auf den König, Einverständnis mit dem Feinde, Verletzung der militärischen Ordnung. In der Folge bemächtigt sich zwar der Staat zum großen Teile auch der Gerichte der ersten Art, aber der Gegensatz der bloß staatlichen und der gesellschaftlichen Rechtspflege besteht heute noch fort im Gegensatze der Gerichtsbarkeit in Strafsachen und in Streitsachen, so sehr auch die Strafgerichte seither auf das einst rein gesellschaftliche Gebiet hinübergegriffen haben. Ganz wurden jedoch die Gerichte nie verstaatlicht. Die Gesellschaft hat stets eigene, vom Staate unabhängige Gerichte gehabt und bisher behalten, und solche Gerichte entstehen auch in der Gegenwart immer wieder aufs neue. Mag die herrschende Jurisprudenz unter Gerichten nur die staatlichen Organe der Rechtspflege verstehen, mit denen sie sich berufsmäßig zu befassen hat, für die Soziologie des Rechts kann es bei der Frage, was ein Gericht ist, nur darauf ankommen, ob es sich um eine Einrichtung handelt, die die allgemeinen Aufgaben eines Gerichts zu erfüllen hat. Seiner Aufgabe nach ist das Gericht aber der am Streite Unbeteiligte, oder eine Versammlung von Unbeteiligten, die durch die Meinung, die sie über den Gegenstand des Streites aussprechen, Frieden stiften sollen. Dieser Ausspruch ist selbst bei den staatlichen Gerichten der Urzeit noch unverbindlich, also ein bloßes Gutachten: wer sich ihm nicht fügt, kann immerhin zur Selbsthilfe, zur Fehde, seine Zuflucht nehmen, aber er setzt sich damit ins Unrecht und büßt die rein gesellschaftlichen Vorteile der gerechten Fehde ein. Das Gericht, selbst das staatliche, hat gegen den Ungehorsamen, der trotz Ladung nicht erscheint oder seinen Ausspruch mißachtet, anfänglich kein anderes

Zwangsmittel als den Ausschluß aus der Gemeinschaft (Verbannung), durch den der Ausgeschlossene vogelfrei wird, und ruhelos herumirren muß, bis er getötet, versklavt oder auch von einer andern Gemeinschaft aufgenommen wird. Die Todesstrafe, die wir schon sehr frühe finden, ist auf dieser Stufe nur ein Opfer an die Götter, bei den klassischen Völkern an die unterirdischen Götter, vollzogen an dem, der vogelfrei ist.

Faßt man bloß die Aufgaben des Gerichtes ins Auge, so muß man zu den Gerichten zählen eine ganze Reihe von Anstalten der gesellschaftlichen Rechtspflege verschiedenen Namens, die dem Staate mehr oder weniger ferne stehen: Ehrenräte, Disziplinarräte, Schiedsgerichte, Vereinsgerichte, Einigungsämter. Für die gesellschaftliche Gerichtsbarkeit der englischen Klubs hat sich bereits ein eigenes Recht und eine eigene Jurisprudenz entwickelt. Ihre Erkenntnisse können von staatlichen Gerichten angefochten und müßen dann von diesen überprüft werden. Von allen diesen Erscheinungen handelt Nothnagel in der schon erwähnten Schrift: Exekution durch soziale Interessengruppen. Alle diese Gerichte erkennen ebenso wie die Gerichte der Urzeit in der Regel nur auf Ausschluß aus der Gemeinschaft. Andererseits üben staatliche Verwaltungsbehörden, besonders die Polizei, sowie die Vorsitzenden der öffentlichen Vertretungskörper zum Teile zweifellos eine gerichtliche Tätigkeit aus. Die Gerichte, von welcher Art immer sie sein mögen, haben ihren Spruch nicht nach Willkür oder Gutdünken zu fällen, sondern aus einem allgemeinen Grundsatz abzuleiten: die Entscheidungsnorm, auf der er beruht, erscheint stets als Eingebung höherer Kraft und Weisheit, auf tieferer Stufe sogar als eine Erleuchtung durch die Gottheit. Die Entscheidungsnorm ist wie alle gesellschaftlichen Normen eine Regel des Handelns, aber doch nur für die Gerichte, sie ist, wenigstens in erster Linie, nicht eine Regel für die Menschen, die im Leben wirken, sondern für die Menschen, die über diese Menschen zu Gericht sitzen. Insoweit die Entscheidungsnorm eine Rechtsnorm ist, erscheint sie daher als Rechtsnorm besonderer Art, verschieden von den Rechtsnormen, die allgemeine Regeln des Handelns enthalten.

Woher schöpfen die Gerichte ihre Entscheidungsnormen? Einen Streit entscheiden, heißt die streitigen Gebiete voneinander abgrenzen, und vor allem so abgrenzen, wie sie vor dem Streite abgegrenzt waren. Diese Grenzen gibt zunächst die innere Ordnung in den Verbänden an, wie sie bis zum Streite bestanden hat. Jede Entscheidungsnorm beruht daher in erster Linie auf der inneren Ordnung in den Verbänden, also auf den Tatsachen des Rechts, durch die diese Ordnung geschaffen wird, auf den Übungen, die jedem einzelnen die Stellung und die Aufgabe im Verbande zuweisen, auf Herrschafts- und Besitz-

verhältnissen, Verträgen, Satzungen, letztwilligen Verfügungen. In jedem Streite handelt es sich darum, daß eine aus diesen Tatsachen sich ergebende Norm verletzt worden sei, und in jedem Rechtsstreite muß daher der Richter diese Tatsachen, aus eigener Kenntnis oder auf Grund von Beweisen, feststellen, um über den Streit zu erkennen. Alle diese Tatsachen werden so dem Urteile zugrunde gelegt, wie sie in diesem konkreten Verbande sich vor dem Streite gestaltet haben.

Es ist schon oft mit dem Gedanken gespielt worden, insbesondere von den Naturrechtslehrern, das ganze Recht müsse in einige wenige, klare, schon durch die bloße Vernunft einleuchtende Sätze zusammengefaßt werden. Es schwebte ihnen damit offenbar, selbstverständlich nur ganz dunkel, vor, der Entscheidung könnten im allgemeinen die bestehenden Übungen, Besitzverhältnisse, Verträge, Satzungen, letztwillige Anordnungen genügen, die nur noch durch wenige anderweitige Regeln ergänzt werden müßten. Wer das annimmt, verkennt aber, daß die Entscheidungsnorm immer mehr und andres ist als bloß die innere Ordnung der Verbände. Selbst wenn die Entscheidungsnorm unmittelbar auf der ausdrücklich in Worte gefaßten Ordnung des Verbandes beruht, selbst wenn sie ganz auf eine Vereinssatzung, auf einen Vertrag oder ein Testament zurückgeht, so ist sie doch schon ein anderes Ding als die innere Ordnung des Verbandes; denn das streitige Verhältnis ist nicht mehr das friedliche. An Stelle des Anpassungsfähigen und Schwankenden tritt etwas Starres, Unbewegliches, die verschwommenen Linien werden durch klare, scharfumrissene ersetzt, und in die Worte muß oft ein Sinn hineingelegt werden, der den Parteien gewiß nie deutlich zum Bewußtsein gekommen ist. Aber der Richter im Rechtsstreit hat an dem seiner Entscheidung unterbreiteten Verhältnis darüber hinaus Aufgaben zu erfüllen, die den Verbänden im Leben, solange sie sich selbst überlassen waren, durchaus fremd geblieben sind, und für diese Aufgaben haben ihm die inneren Ordnungen der Verbände wenig oder nichts zu sagen. Er muß für solche Fälle selbständig und unabhängig von ihnen Entscheidungsnormen zur Verfügung haben.

Vor allem kommen die eigenen Bedürfnisse der Rechtsprechung als solcher in Betracht. Jeder gesellschaftliche Verband ist, genau gesprochen, ein Einzelfall, der zum zweitenmal nicht mehr auf der Welt vorhanden ist. Es gibt keine zwei Familien, wo Vater, Mutter, Kinder und Dienstboten dieselbe Stellung hätten, keine zwei Erdstriche, wo dieselben Verhältnisse an Grund und Boden herrschten, keine zwei Verträge, Körperschaftssatzungen, letztwillige Erklärungen, die nicht irgendwie voneinander abwichen; zu den Verschiedenheiten in Worten kommen noch immer welche in den Verhältnissen der Personen und Sachen. Das steigert sich selbstverständlich, wenn

man größere Gebiete ins Auge faßt; von Gemeinde zu Gemeinde, von Provinz zu Provinz, von Volk zu Volk, in jedem Ort, bieten die Verbände ein anderes Bild. Mit dieser Buntheit kann die Rechtsprechung nicht arbeiten; sie muß sie schon aus technischen Gründen auf einfache Formeln zurückführen. Das geschieht durch Verallgemeinerung und Vereinheitlichung. Es werden gesellschaftliche Verhältnisse nach der Form, die für die Verhältnisse von dieser Art in der Gegend vorherrscht, oder es werden die gesellschaftlichen Verhältnisse im Lande nach der in einem Teile des Landes oder in einer bestimmten gesellschaftlichen Klasse vorherrschenden Form unterschiedslos beurteilt. Wenn es in der Gegend Regel ist, daß der Mann über das Vermögen der Frau unbeschränkt verfügt, so wird eine vom Mann über das Vermögen der Frau getroffene Verfügung als für sie verbindlich behandelt, unbekümmert darum, ob man es auch in dieser Familie so gehalten habe. Ist es im Lande allgemein üblich, daß der Eigentümer des Grundes und Bodens alles gewinnt, was der Pächter mit dem Boden untrennbar verbunden hat, so wird das als gemeines Recht des Landes behandelt, die Klage des Pächters auf Ersatz solcher Aufwendungen wird überall abgewiesen, wenn auch diese Übung in einzelnen Teilen des Landes nicht nachweisbar wäre. Darin liegt die Verallgemeinerung. Es wird aber auch weiter gegangen. Man läßt selbst eine nachgewiesene, der allgemeinen Norm widersprechende Ordnung nicht gelten: dadurch wird das Recht vereinheitlicht. So kommen zunächst nur allgemeine und einheitliche Entscheidungsnormen, nicht allgemeines und einheitliches lebendes Recht auf; unter der äußerlich gleichförmigen Kruste können ganz wohl individuelle und örtliche Verschiedenheiten fortbestehen.

Die Verbände bedürfen aber der Entscheidungsnormen auch selbst für ihre Vollendung und Vervollständigung. So wie sie das Leben gezimmert hat, sind sie nur für die Fälle mit Normen versehen, auf die die Beteiligten im Vorhinein gefaßt sind, jede neue Lage, die unerwartet kommt, versetzt sie vor die Notwendigkeit, neue Regeln des Verhaltens zu finden. Dieser unentbehrliche Ausbau der Verbände wird im allgemeinen von innen heraus besorgt. Wenn der Vater zum zweitenmal heiratet, so verschieben sich selbstverständlich sofort die Beziehungen der Angehörigen zueinander, die Familie muß sich neu zu ordnen suchen; einzelne Normen, die bisher geherrscht haben, werden aufgegeben, andere aufgenommen. Wird das verpachtete Gut in eine andere Bewirtschaftungsart hinübergeführt, über die der Pachtvertrag nichts enthält, so werden die Parteien das Verhältnis dementsprechend einrichten müssen. In vielen Fällen vollzieht sich dann allmählig eine unbewußte Anpassung, in andern wird ein neuer Vertrag abgeschlossen; aber gerade solche durch unerwartetes Ereignis

geschaffene Schwierigkeiten sind es, die die Parteien sehr häufig veranlassen, vor den Richter zu gehen. Der Richter kann die Lösung nicht der inneren Ordnung des Verbandes selbst entnehmen, denn dieser hat sich ja soeben unfähig erwiesen, eine solche zu schaffen, er muß dafür eigene Entscheidungsnormen haben.

Dazu kommt es, daß die Verbände, wenn es zu einem Streite kommt, bereits in der Regel aus ihrer Ordnung geraten sind. Es hat dann keinen Sinn mehr, ihre Normen zur Grundlage der Entscheidung zu machen, denn sie haben im Verbande auch ihre ordnende Kraft eingebüßt. Es müssen besondere Entscheidungsnormen vorhanden sein, nicht für das friedliche Verhältnis, sondern für den Rechtsstreit. Diese werden aber nicht selten auch inhaltlich von den früheren abweichen. Die Verfasser des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich waren schlecht beraten, als sie die Verwaltungsgemeinschaft zum regelmäßigen Güterstand der Ehegatten erhoben. Solange die Gatten miteinander gut auskommen, wird sich die Ehe wohl von selbst im allgemeinen als Verwaltungsgemeinschaft des bürgerlichen Gesetzbuchs ordnen; die Frau wird ohnehin in der Regel das Vermögen dem Manne zur Verwaltung übergeben und weder eine besondere Aufsicht ausüben, noch eingehende Rechnung verlangen; aber die Gatten, die miteinander auskommen, brauchen keinen Richter, und es war überflüssig, durch ein Gesetz die Verwaltungsgemeinschaft dort erst aufzudrängen, wo sie ohnehin besteht. Ist die Ehe streitig geworden, so ist die Liebe und Vertrauen, die bisher die Frau veranlaßte, mit ihrem Manne in Verwaltungsgemeinschaft zu leben, verschwunden. Das Gesetz hätte die Gütertrennung wählen sollen, die allein die Frau bei schlechter Ehe vor dem Mißbrauch der eheherrlichen Stellung beschützt. In der gewöhnlichen Vermögensgesellschaft hat man das auch überall eingesehen. Es kann immerhin vorkommen, daß ein tüchtiger und ehrlicher Geschäftsmann sich mit einem ganz unfähigen und schwatzhaften zu einer Gesellschaft verbündet, und da mag es eine gute Ordnung sein, wenn der erste dem andern die Einsicht der Bücher, Briefschaften und Rechnungen vertragsmäßig verbietet. Aber ein solches Verbot wirkt nur, solange das Gesellschaftsverhältnis in Ruhe besteht, solange sichs der andere gefallen läßt, etwa um die Gesellschaft aufrechtzuerhalten, nicht als Entscheidungsnorm. Gibt das Gesellschaftsverhältnis zu einem Rechtsstreit Anlaß, dann werden sich die Gerichte nicht daran halten dürfen.

Auch der Rechtsstreit selbst hat seine eigenen Bedürfnisse. Gewisse Frage tauchen immer erst im Streite auf: wie sie zu lösen sind, darüber wird die innere Ordnung des Verbandes nichts bestimmen, denn sie ist keine Kriegs-, sondern eine Friedensordnung. Schon in den ersten Anfängen der Rechtspflege, in dem gewöhnlichsten Falle,

der ihm vorlag, mußte der Richter Entscheidungsnormen finden, die über die innere Ordnung der Verbände selbst hinausgingen. Handelte es sich um eine Tötung, so mußte er nicht nur entscheiden, ob der Kläger auf Grund der inneren Ordnung in seiner Sippe berechtigt ist, für den Getöteten Buße zu fordern, und ob die Beklagten, nach der Ordnung in ihrer Sippe, etwa als Sippengenossen haften, sondern darüber hinaus, wie hoch die Buße sein solle. Darüber kann er nichts mehr der innern Ordnung entnehmen. In noch viel höherm Maße ist das in den schwierigen und verwickelten Verhältnissen der spätern Zeit der Fall. Es genügt nicht, dem Eigentümer des Grundstückes das Eigentum so zuzusprechen, mit all den Befugnissen, die im Leben das Eigentum am Grundstück gewährt: was geschieht mit den Früchten, die der bisherige Besitzer angebaut, mit der Arbeit und den Aufwendungen, die er geleistet hatte? Es genügt nicht, den Vertrag so zur Geltung zu bringen, wie er abgeschlossen worden ist; man muß auch über Dinge entscheiden, an die die Parteien gar nicht gedacht haben. Was geschieht, wenn die geschuldete Sache vor der Leistung untergegangen ist? Wenn sie von ganz anderer Art ist, als vorausgesetzt worden ist? Auf Fragen dieser Art kann der Entscheidende nur schöpferisch eine Antwort finden, angeregt durch die Gestalt, die die Lebensverhältnisse nicht in friedlicher Entwicklung, sondern im Prozeß angenommen haben. In diese Gruppe gehört das ganze Schadenersatzrecht, das Recht des Ersatzes der ungerechtfertigten Bereicherung, das Anfechtungsrecht (actio Pauliana), die materiellrechtlichen Bestimmung über den Rechtsschutz, die Grundsätze der Behauptungs- und Beweispflicht, der Rechtskraft des Urteils. Hier überall wird nicht eine lebende Ordnung, sondern der Rechtsstreit über eine tote vorausgesetzt.

Die letzte Gruppe bilden die Entscheidungsnormen, die entstanden sind durch den Zusammenstoß des Einflußgebietes mehrerer Verbände. In unserer Gesellschaft gehört jeder Mensch vor allem dem Staate an; die Kreise der verschiedenen Gemeinschaften, an denen er sonst teil hat, sind vielfach verschlungen, und alle fallen in den Machtbereich des Staates. Die Kräfte in den Verbänden, die sich kreuzen und umfassen, sind verschieden verteilt, und der Kampf zwischen ihnen wird in der Regel auf verschiedenen Gebieten gleichzeitig geführt; nicht in letzter Linie gilt er den Normen, nach denen die Gerichte ihre Entscheidungen fällen. Ein sehr großer Umfang der elterlichen oder eheherrlichen Gewalt mag dem Kräfteverhältnis im Innern einer bestimmten Familie oder der Familie in einer bestimmten Klasse oder Gegend immerhin entsprechen; aber sie widerspricht der allgemeinen Familienordnung in Staat und Gesellschaft, die bereits den herrschenden Normen des Rechts, der Sittlichkeit, der Sitte, des Anstandes ihren

Stempel aufgedrückt haben. Folglich wird sie Staat und Gesellschaft nicht dulden, unter Umständen eine den allgemeinen Anschauungen besser entsprechende Ordnung, wenigstens wenn ihre Gerichte zur Entscheidung von Streitigkeiten angerufen werden, herstellen. In jedem Lohnvertrag, so ungünstig er auch für den Arbeiter sein mag, wird sich immer das Kräfteverhältnis ganz richtig spiegeln, das zwischen dem Unternehmer und dem Arbeiter bei dessen Abschluß bestand. Hat aber die Arbeiterklasse einen größern gesellschaftlichen Einfluß erlangt, so wird sie den Lohnvertrag in ihrem Sinne zu gestalten suchen; es wird nicht nur in der Gesellschaft eine Strömung entstehen, die einzelne Bestimmungen der Lohnverträge als der Sittlichkeit und dem Anstand zuwiderlaufend hinstellt, sie kann es schließlich auch dazu bringen, auf die Entscheidungsnormen über den Lohnvertrag einzuwirken.

Die Gerichte erkennen auf Grund ihrer Entscheidungsnormen darüber, ob eine gesellschaftliche Norm übertreten worden ist. Die herrschende Jurisprudenz nimmt an, die übertretene Norm müsse eine Rechtsnorm sein, zum Schutze außerrechtlicher Normen seien die Gerichte nicht da. Aber schon der Augenschein lehrt, daß sich das überhaupt nur auf die staatlichen Organe der Rechtspflege beziehen kann. Selbst für diese stimmt es jedoch nur, wenn man eben jede Norm, nach der die Gerichte entscheiden, Recht nennt; damit verflacht aber auch die ganze Frage zu einer terminologischen. Nimmt man, wie billig, auf den innern Gehalt der Normen, nach denen die Gerichte zu entscheiden haben, Rücksicht, so überzeugt man sich, daß die außerrechtlichen selbst bei den staatlichen Gerichten eine große Rolle spielen.

Auf ursprünglicher Entwicklungsstufe ist das Recht von Sittlichkeit, Religion, Sitte, Anstand, ja sogar von praktischen Verhaltungsvorschriften so wenig gesondert, daß die Rechtspflege das alles ziemlich unterschiedslos heranzieht. Die römischen prudentes und die deutschen Schöffen berufen sich ohne weiteres auf Sittlichkeit, Sitte und Anstand; dasselbe tut heute noch der englische Richter, gegenwärtig wohl der einzige Erbe der alten Überlieferungen des Richteramts. Aber bei allen findet sich auch schon eine immer wiederkehrende Einschränkung, daß die außerrechtlichen Normen doch nur in die Lücken des Rechts eintreten dürfen, der Richter ist also nicht befugt, ihnen zuliebe gegen das Recht zu entscheiden. Der Grundsatz ist sehr dehnbar, und die Schranke, die er der richterlichen Freiheit zieht, zuweilen wenig fühlbar; er ist aber trotzdem sehr wichtig. Er bedeutet, daß die Grundlagen der gesellschaftlichen Ordnung, die im Rechte ihren Ausdruck gefunden haben, durch andere gesellschaftliche Ordnungen und Regeln nicht gestört werden dürfen. Daher gilt

er nicht, wenn der Staat selbst unmittelbar in die Rechtspflege eingreift. Der römische Prätor, der König im fränkischen und deutschen Reiche, der englische Kanzler entscheiden nach Gerechtigkeit oder Sittlichkeit, also nach außerrechtlichen Normen unter Umständen sogar gegen das hergebrachte Recht. Aus solchen Entscheidungen entwickeln sich später allerdings Rechtssätze. Das prätorische Recht und die englische equity, obwohl ganz überwiegend aus außerrechtlichen Normen der Sittlichkeit, der Sitte, des Anstandes hervorgegangen, sind nachträglich eigene Rechtssysteme geworden: aber das beweist nur, daß der Hauptunterschied zwischen Recht und solchen außerrechtlichen Normen in ihrer Festigkeit und Bestimmtheit und in der allgemeinen Empfindung von deren gesellschaftlicher Wichtigkeit nicht im Inhalte liegt.

Mehr als Schein war jedoch selbst bei den vollständig verstaatlichten festländischen Gerichten, die ausschließlich Organe der Rechtspflege sind, der Grundsatz nie, daß sie nur nach dem Rechte urteilen sollen. Die Rechtsregel selbst verweist sie jeden Augenblick auf andere gesellschaftliche Normen, sie gestattet keinen der Sittlichkeit, Sitte oder Anstand widersprechenden Rechtsmißbrauch, verbietet Verträge gegen die Sittlichkeit, befiehlt die Auslegung und Erfüllung der Verträge nach Treu und Glauben und Verkehrssitte, stellt Ehrenbeleidigungen, Verletzungen von Anstand, groben Unfug unter Strafe, überläßt die Entscheidung dem freien, und das bedeutet oft: einem auf andern als rein rechtlichen Erwägungen beruhenden, richterlichen Ermessen. Aber die Rechtsprechung geht tatsächlich überall noch viel weiter als das Gesetz. Daß der Richter an das Gesetz nach allen Richtungen gebunden war, hat bisher nur verhindert, außerrechtliche Normen offen, nicht aber in verschiedenen, zuweilen sehr durchsichtigen Verkleidungen zur Grundlage der Erkenntnisse zu machen. Wenn die französischen Gerichte entscheiden, der Hauseigentümer dürfe nicht in demselben Hause einen Laden dem Konkurrenten seiner Mietpartei vermieten, da er ihm nach dem Gesetze garantie de tout trouble schulde, so haben sie damit einen Grundsatz des Anstands anerkannt, den der Sinn und Wortlaut des Gesetzes nicht einmal notdürftig deckt. Und im allgemeinen gehen die außerrechtlichen Normen der Sittlichkeit, der Sitte und des Anstandes so leicht in Rechtsnormen über, daß eine Scheidung in den meisten Fällen überhaupt unmöglich ist. In der Schrift von Lotmar: Der unmoralische Vertrag, sind die Grundzüge dieses Vorgehens in einem einzelnen Falle in einer unanfechtbaren Weise dargelegt, so fremd ihr auch sonst die hier vertretenen Gedanken sein mögen.

Das alles hat selbstverständlich nicht die Bedeutung, daß die Gerichte schlechthin berufen wären, ohne viel Federlesen nach außer-

rechtlichen Normen zu entscheiden. Wenn schon nicht alle Rechtssätze für Entscheidungsnormen geeignet sind, um so weniger sind es unterschiedslos alle außerrechtlichen Normen. Hier die richtige Auswahl zu treffen, ist eine ungeheuer schwierige und verantwortungsvolle Aufgabe, die an den Richter ganz andere, unvergleichlich höhere Ansprüche stellt, als die bloße Rechtsanwendung. Die auf dem Festlande so starke Strömung, die den Richter zu einem möglichst willenlosen Diener des Gesetzes zu fesseln sucht, hat gewiß ihren Grund in dem Mißtrauen, ob er so hohen Anforderungen gewachsen ist. Die römischen prudentes, die englischen und teilweise auch die französischen Richter, haben sich darin bewährt, das einstige Oberappellationsgericht Lübeck und das Reichsoberhandelsgericht in Leipzig haben bewiesen, daß auch der deutsche Richter dazu fähig ist. Und schließlich, die Arbeit muß unter allen Umständen getan werden und wird heute schon getan. Und wenn es infolge einer mangelhaften Ordnung der Rechtspflege zumeist nur in höchst anfechtbarer Weise geschieht, so löst man eine solche Schwierigkeit doch nicht damit, daß man vor ihr die Augen verschließt.

Für andere Gerichte, als die staatlichen Organe der Rechtspflege, wird es jedoch schon jetzt nicht mehr vertreten, daß sie auf Grund von Rechtssätzen entscheiden. Die staatlichen Verwaltungsbehörden, die Polizei, die Disziplinargerichte, die Vorsitzenden der öffentlichen Vertretungskörper, haben sehr häufig Erkenntnisse zu fassen, ausschließlich auf Grund der Normen der Sittlichkeit, der Sitte, der Ehre, des Anstandes, des Taktes, des guten Tones. Noch viel mehr gilt das von den außerstaatlichen Gerichten, von den verschiedenen Schiedsgerichten, Vereinsgerichten, Ehrengerichten, Kartell-, Trust-, Gewerkvereinsgerichten, Klubgerichten. Bei kirchlichen Gerichten spielen selbstverständlich auch religiöse Normen eine große Rolle. Die Polizei, die wegen Verletzung des Anstandes eine Strafe ausspricht, der Präsident des Abgeordnetenhauses, der eine Rüge erteilt wegen Verstoßes gegen parlamentarische Sitte, das Ehrengericht, das den Offizier zur Niederlegung seines Amtes zwingt, der sich gegen die „Gesetze“ der Ehre vergangen hat, das Disziplinargericht, das den Beamten verurteilt, weil er das Ansehen des Standes geschädigt (nicht genügend Takt gezeigt hat), das Klubgericht, das ein Mitglied ausschließt, weil er die Spielschuld nicht gezahlt hat, das Kartellgericht, das einen Unternehmer boykottieren läßt, weil er an einen boykottierten Unternehmer Ware geliefert hat, das Gewerkvereinsgericht, das einen Genossen in Verruf erklärt, weil er während eines Arbeitsausstandes gearbeitet hatte, sie alle sind von der Gesellschaft selbst errichtete und erhaltene Gerichte, die auf Grund von Normen ganz überwiegend außerrechtlicher Art eine fruchtbare und immer wachsende

Tätigkeit entfalten und zum Teile über Zwangsmittel verfügen, die viel weiter und tiefer reichen, als die der staatlichen Behörden. In der bereits mehrmals erwähnten Schrift von Nothnagel ist darüber viel interessantes Material gesammelt, das, wenn auch veraltet, noch immer brauchbar ist.

Die Entscheidungsnorm, die den der Entscheidung zugrunde liegenden allgemeinen Satz enthält, erhebt dadurch den Anspruch, eine Wahrheit zu sein, die nicht bloß in dem Falle, um den es sich gerade handelt, sondern in jedem gleichen oder sogar in jedem gleichartigen Falle gelten soll. Wenn das Wehrgeld dem Bruder des Getöteten vom Bruder des Mörders gezahlt werden soll, so liegt darin, daß wenigstens in der Sippe des Getöteten, der Bruder stets anspruchsberechtigt, in der Sippe des Mörders der Bruder haftbar ist. Wird der Geklagte aus einem Vertrage verurteilt, so ist damit ausgesprochen, daß unter den gegebenen Umständen aus einem Vertrage dieser Art eine klagbare Forderung entspringt. Selbst wenn der Streit, was ja auf tieferer Stufe häufig vorkommt, durch das Los entschieden wird, so wird damit doch ganz allgemein anerkannt, daß in Fällen, wie der gerade streitige, der siegt, für den das Los fällt.

Das ist das für die Rechtsbildung ungeheuer wichtige Gesetz der Stetigkeit der Entscheidungsnormen. Es beruht zunächst auf der gesellschaftlichen Psychologie. Würde man in gleichen oder gleichartigen Fällen verschieden erkennen, so wäre das nicht Recht, sondern Willkür oder Laune. Es entspricht aber auch einer gewissen Wirtschaftlichkeit im Denken. Die geistige Arbeit, die mit dem Finden von Entscheidungsnormen zweifellos immer verbunden ist, wird offenbar gespart, wenn man nach bereits gefundenen Entscheidungsnormen den Spruch fällt. Dazu kommt, daß auch ein starkes gesellschaftliches Bedürfnis nach stetigen Entscheidungsnormen vorhanden ist, die wenigstens in einem beschränkten Umfange das Voraussehen und das Voraussagen der Entscheidungen gestatten, und es den Menschen möglich machen, sich danach im Vorhinein einzurichten.

Das Gesetz der Stetigkeit der Entscheidungsnormen wirkt vor allem zeitlich. Das Gericht wird von der Norm, die es einmal angewendet hat, solange nicht ohne weiteres abgehen, als sie in der Erinnerung bleibt, und oft sind besondere Maßregeln getroffen, damit sie nicht aus der Erinnerung verschwinde. Es wirkt aber auch räumlich, denn die von einem Gericht gefundenen Entscheidungsnormen werden leicht auch von anderen Gerichten, die sich in demselben Einflußgebiete befinden, angewendet: dafür spricht vor allem das Bedürfnis, die eigene Arbeit des Findens zu sparen. Da die Gerichte, wenigstens als staatliche Organe der Rechtspflege, auf einer höhern

Entwicklungsstufe eine örtliche Zuständigkeit erhalten, so werden mit ihnen auch ihre Entscheidungsnormen für dieses Gebiet, und sobald verschiedene Gerichte miteinander in Wechselbeziehungen treten, für das Gebiet aller dieser Gerichte zuständig und stetig.

Die für das moderne Recht so bezeichnende Rechtshoheit des Staats auf seinem Gebiet hat ihren Grund in der Stetigkeit der Entscheidungsnormen. Wenn man heutzutage gewöhnlich glaubt, Rechtsgebiet und Staatsgebiet sei dasselbe, so liegt das nur daran, daß die Gerichte in einem Staatsgebiete sich stetig an gewisse Entscheidungsnormen zu halten pflegen. Eine ganz besondere Bedeutung erhält die Stetigkeit der Entscheidungsnormen dadurch, daß sie nicht nur gleiche, sondern auch gleichartige, ja sogar annähernd gleichartige Fälle betrifft. Dadurch wird es möglich, eine Norm auf Fälle anzuwenden, die sie gar nicht entscheidet, nur aus dem Grunde, weil sie dem entschiedenen gleichartig seien. Jede solche Entscheidung beruht allerdings auf einer neuen Entscheidungsnorm, aber diese neue Norm geht doch nur dahin, daß eine bereits bestehende Norm auf den Fall anwendbar sei. Die neue Norm hat das Anwendungsgebiet der ursprünglichen erweitert und ihren Inhalt bereichert und jede solche Erweiterung und Bereicherung wirkt wieder nach dem Gesetze der Stetigkeit der Entscheidungsnormen. Auf dieser fortwährenden Projektion, wie es Wurzel genannt hat, der Normen auf immer neue Fälle beruht zum größten Teile die Rechtsschöpfung der Jurisprudenz.

Vermöge des Gesetzes der Stetigkeit erreichen die Normen ein ungemein zähes Leben und eine ungeheure Ausdehnungsfähigkeit. Jede Aufnahme eines fremden Rechts ist ein Ausdruck des Gesetzes der Stetigkeit. So manche Norm wirkt heute noch fort, die vor zweitausend Jahren die römischen Pontifices ausgedacht haben mögen. Und da könnte wohl gefragt werden: wenn es richtig ist, daß die Normen aus den Verhältnissen selbst herauswachsen, die sie entscheiden sollen, wie es denn komme, daß eine Norm so ferne von ihrem Ursprung, so lange nach ihrem Entstehen, bei einer ganz andern gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Ordnung noch immer anwendbar bleiben kann; daß das heutige deutsche Recht Normen enthält, die inhaltlich mit denen des corpus iuris, ja sogar mit den XII Tafeln und dem Dekalog übereinstimmen, daß der Code civil für zwei so ganz verschiedenartige Gesellschaften gelten kann, wie etwa die französische und romänische.

Die Antwort liegt darin, daß die Normen, zumal die aus dem römischen Rechte stammenden, durch die fortwährende Erweiterung und Bereicherung ihres Inhalts im Laufe der Jahrtausende, eine solche Allgemeinheit und Abstraktheit angenommen haben, daß sie den verschiedensten Verhältnissen anpaßbar sind. Das bedeutet aber, daß

das Gesetz der Stetigkeit doch nur auf einer oberflächlichen Betrachtung der Dinge beruht. In Wirklichkeit handelt es sich gar nicht um dieselbe Norm, es hat sich an ihr nur scheinbar nichts geändert, sie hat innerlich doch einen neuen Inhalt erhalten.

Die großen Gegensätze im Recht der Vergangenheit und der Gegenwart, die Rechtsunterschiede zwischen einzelnen Ländern und Reichen, beruhen nicht so sehr auf den Rechtsnormen, als auf den Tatsachen des Rechts; die Übungen, Herrschaften, Besitzverhältnisse, Verträge, Satzungen, letztwillige Anordnungen verschieben sich über die Normen hinweg, und wirken auf diese zurück, auch wenn ihr Wortlaut derselbe geblieben wäre. Die Grundsätze über den Ersatz der Früchte oder der Aufwendungen bei der Eigentumsklage mögen heute im wesentlichen so lauten, wie bei den Römern, aber es ist doch nicht gleichgültig, ob sie auf den römischen fundus oder auf ein modernes Rittergut oder auf Millionenwerte in Kreditpapieren bezogen werden. Man vergegenwärtige sich nur, was in jedem dieser drei Fälle die Ausdrücke: Früchte und Aufwendungen bedeuten, und es wird sofort klar sein, wie sehr sich die Norm inzwischen gewandelt hat. Das römische Forderungsrecht hat in einem gewissen Sinne eine erstaunliche Widerstandskraft gezeigt: aber in Rom war sowohl der Gläubiger als auch der Schuldner paterfamilias, das Haupt einer Großfamilie, die gewiß oft genug nahezu ein halbes hundert Personen umfaßte, heute ist Gläubiger und Schuldner wenigstens der Form nach ein Einzelner. Was bedeutet diesem ungeheueren Unterschied gegenüber, daß der Einzelne heute für Verschulden und Zufall in ähnlicher Weise haftet, wie einst in Rom der paterfamilias. Schlägt man mit demselben Hammer auf Glas oder Eisen, so gibt es einen sehr verschiedenen Klang.

Immerhin darf man nicht glauben, daß diese Erfüllung der Normen mit neuem Inhalt uns über alle Schwierigkeiten hinweghilft, die das Gesetz der Stetigkeit der Normen mit sich bringt. Von den Klagen über „schlechte Gesetze“ geht doch das meiste darauf zurück, daß Normen vermöge ihrer Stetigkeit in Verhältnissen wirken, für die sie nicht entstanden sind und infolgedessen auch nicht passen. Aber die vielfach verderblichen Folgen werden dadurch erheblich eingeschränkt, daß dabei eben nicht Normen des Handelns, sondern nur Entscheidungsnormen in Frage kommen. Würde die Stetigkeit der römischen Normen uns zwingen, wirklich nach römischem Rechte zu leben, etwa in der römischen Großfamilie, mit der Manusehe oder mit der nach Willkür scheidbaren freien Ehe, würde sie bedeuten, daß wir unsern Grundbesitz nach Art des römischen fundus einzurichten haben, so wäre das zweifellos unerträglich. In Wirklichkeit handelt es sich nur darum, daß hier und da ein Rechtsstreit nach römischem Rechte entschieden

wird. Es kommt ein viel zu geringfügiger Bruchteil unseres Lebens vor die Gerichte, als daß es uns unmöglich wäre, auch noch so ungerechte Entscheidungen hinzunehmen. So schwer wir darunter zuweilen zu leiden haben, wir fügen uns seufzend ins Unvermeidliche, denn unvermeidlich ist doch die Stetigkeit der Normen als Grundlage aller Rechtsprechung und Jurisprudenz.

Die Stetigkeit der Entscheidungsnormen führt dazu, daß sie ihre ursprüngliche Form abstreifen und zum Rechtssatze werden. Es ist eines der wichtigsten Ergebnisse der Schrift von Jung: das Problem des natürlichen Rechts, daß „die Kraft des Präjudizes“ (die auf der Stetigkeit der Entscheidungsnormen beruht) „zu den begrifflichen Voraussetzungen der Entstehung von Rechtssätzen gehöre“. Bevor jedoch die Entscheidungsnorm in der Form eines Rechtssatzes besprochen werden kann, muß noch eine andere Form des Rechts überhaupt, das staatliche Recht, ins Auge gefaßt werden.

VII.

Staat und Recht.

Staatliches Recht ist genau vom Gesetz zu unterscheiden. Staatliches Recht geht nicht der Form, sondern dem Inhalte nach vom Staate aus; es ist ein Recht, das nur durch den Staat entstanden ist und ohne Staat nicht bestehen könnte. Es ist dabei gleichgültig, in welcher Form es entsteht. Nicht jede gesetzliche Vorschrift enthält staatliches Recht. Es gibt Gesetze, die bloß einem Rechtsverhältnis die innere Ordnung geben, etwa eine Satzung, eine Geschäftsordnung; der Staat kann auch einen Vertrag in der Form eines Gesetzes abschließen. Satzung, Geschäftsordnung, Vertrag werden durch diese Form nicht zum staatlichen Recht; sie bleiben, was sie waren, die innere Ordnung eines Rechtsverhältnisses. Ebenso kann Juristenrecht in die Form des Gesetzes gebracht werden: der Gesetzgeber kann sich darauf beschränken, nach Art des Juristen, zu verallgemeinern, zu vereinheitlichen, nach Gerechtigkeit Normen zu finden. Die Beschlüsse vieler mittelalterlicher staatlicher Körperschaften, zumal des deutschen Reichstages und des englischen Parlaments waren regelmäßig Weistümer, also Juristenrecht nicht bloß dem Inhalte sondern auch der Form nach. Andererseits kann staatliches Recht nicht nur in Gesetzen, sondern auch als Verordnung, als Amtsrecht oder richterliches Recht geboren werden. Der römische Prätor war in der Hauptsache Gerichtsherr, sein prätorisches Edikt enthält daher zum größten Teile Amtsrecht, gelegentlich wo er etwa nur Zweifeln und Schwierigkeiten begegnen wollte, wohl auch richterliches Recht; aber das edictum de posito et suspenso oder de calumniatoribus ist staatliches Recht, polizeiliche Anordnung und Strafrecht. Die englischen Richter haben als Organe des englischen Staates die wichtigsten Stücke des englischen staatlichen Strafrechts in ihren Rechtssprüchen geschaffen, und auch die englische equity enthält viel staatliches Recht.

Es dürfte die meisten Juristen einigermaßen befremden, wenn alles Ernstes gefragt wird, wie der Staat, in dem er die Quelle alles Rechts zu erblicken gewohnt ist, eigentlich dazu gelangt, sich mit dem Recht zu befassen. Allein ganz ungerechtfertigt ist die Frage nicht. Denn seinem Ursprung nach ist der Staat ein militärischer Verband,

der zum Rechtsleben nur in sehr losen Beziehungen steht; und ein ganz überwiegend militärischer Verband ist er, abgesehen von einigen modernen Staatenbildungen in den früheren und gegenwärtigen englischen Kolonien in Nordamerika und anderen Weltteilen, seinem Wesen nach bis in die Gegenwart geblieben. Man kann den Ursprung des Staates zweifellos sehr weit in die Vergangenheit verlegen, aber in der Sippe oder in der Hausgemeinschaft darf man ihn doch nicht suchen. Das früheste Gebilde, das noch historisch mit dem heutigen Staat irgendwie zusammenhängt, ist das Bündnis des kriegerischen Adels mehrerer sprachverwandter Stämme, die sich, gefolgt von den übrigen Freien, nicht bloß vorübergehend für den einzelnen Fall, sondern dauernd einen Führer im Kriege geben. Seinen militärischen Ursprung hat der Staat nie verleugnet; auf jeder seiner Entwicklungsstufen standen militärische Interessen im Vordergrunde, und mit Ausnahme der erwähnten englischen Kolonien und einiger europäischer Kleinstaaten, ist es überall so auch noch in der Gegenwart.

Zu den rein militärischen Aufgaben des jungen Staates gesellen sich bald zwei andere, die jedoch beide sehr enge damit zusammenhängen. Der Staat soll vor allem dem König, dem ständigen Heerführer und seinem Gefolge, die erforderlichen materiellen Hilfsmittel beistellen. Das geschieht zuerst durch ein sehr dringliches Abfordern von Geschenken, steigert sich später, zumal im Oriente, zu förmlichen Erpressungen: ein eigentliches geregeltes Steuersystem scheinen die Römer in den Provinzen als die ersten entwickelt zu haben. Außerdem entfaltet der Staat schon frühe eine gewisse, allerdings sehr rohe, polizeiliche Tätigkeit, zumal im Falle von Auflehnung und Aufruhr. Darüber sind die großen Gebietsstaaten des Orients bis in die Mitte des XIX. Jahrhunderts nicht hinausgekommen. In sehr langem Abstande gliedert sich daran, am frühesten in kleinen Gebiets- und Stadtstaaten, dann auch in großen Gebietsstaaten, im römischen Reich, im Karolingerreich, in England, eine ordentliche staatliche Rechtspflege, und wieder viel später in denselben Staaten die Gesetzgebung. Eine eigentliche staatliche Verwaltung, an Mannigfaltigkeit der Aufgaben auch nur annähernd mit der heutigen vergleichbar, entsteht erst in Frankreich im XVII. Jahrhundert: zuvor findet sich ähnliches nur in Stadtstaaten. Im Oriente war bis in die neueste Zeit kaum etwas davon vorhanden, in der alten Republik Polen, in England bis ins XIX. Jahrhundert auch nicht. Man könnte daher mit Adolf Wagner von einem Gesetz der wachsenden, und sogar darüber hinaus, von einem Gesetz der immer rascher wachsenden Staatstätigkeit sprechen, wenn nicht manche Anzeichen darauf hindeuten würden, daß der Höhepunkt entweder schon überschritten ist oder recht bald überschritten sein dürfte.

Vier Dinge sind es offenbar, die den Staat in so hervorragendem Maße als Quelle des Rechts erscheinen lassen: sein Anteil an der Rechtsbildung durch die Gesetzgebung, sein Anteil an der Rechtspflege durch die staatlichen Gerichte, zum Teile auch andere Behörden, seine Befehlsgewalt über die staatlichen Behörden, die es ihm möglich macht, durch sie seine Gesetze durchzuführen, endlich die Vorstellung, daß die Erhaltung eines dem Rechte entsprechenden tatsächlichen Zustandes in erster Linie, oder wenigstens in letzter Linie, durch die staatliche Zwangsgewalt bewirkt wird. An dieser Stelle kommt es jedoch auf das letzte nicht an, da es für die Bildung und Entwicklung des staatlichen Rechts ohne Einfluß ist.

Die Rechtsgeschichte lehrt, daß sowohl die Gesetzgebung als auch die Rechtspflege dem Staate nicht von Anfang an zustehen. Die Rechtspflege ist zweifellos nicht staatlichen Ursprunges, sie wurzelt in der vorstaatlichen Zeit. Ihre älteste Form tritt sehr klar hervor in der Gerichtsszene auf dem Schilde des Achilleus, deren einzige mögliche Deutung wir Hoffmeister verdanken. Zwei Männer streiten miteinander wegen der Buße für einen getöteten Mann: der eine rühmte sich, er wolle alles bezahlen, der andere bestritt es, er werde nichts annehmen. Der Angehörige des Getöteten besteht also auf der Blutrache, und die weisen Richter werden zu entscheiden haben, ob er damit Recht behalten soll oder die Buße anzunehmen verpflichtet sei. Das Gericht ist nicht vom Staate bestellt, und ein staatlicher Zwang ist an den Spruch gewiß nicht geknüpft, fügt sich der andere nicht, so mag er immerhin Rache nehmen: die Folge ist nur, daß er die rein gesellschaftlichen Vorteile der gerechten Fehde einbüßen wird. Diese Entwicklungsstufe der Rechtspflege scheint noch durch das Strafrecht der Isländersagas leicht erkennbar hindurch, wie es uns erst jüngst von Andreas Heusler dem Sohn so anschaulich geschildert worden ist; sie ist nicht nur im Rechtsgang der vorkarolingischen Zeit, sondern auch in dem viel entwickelteren der römischen XII Tafeln leicht erkennbar. Hier gibt es bereits feste Bußsummen, aber der Beschädigte ist nicht verpflichtet, sie anzunehmen, das Urteil gibt den Schädiger seiner Rache preis, wenn keine Einigung eintritt (ni cum eo pacit). Das Verfahren ist streng und formell, wie es zwische Todfeinden sein muß, die Zuständigkeit beschränkt sich noch immer in der Hauptsache auf Blutfälle (Tötung, Menschenraub, Körperverletzung, Diebstahl).

Schon Zallinger hat darauf hingewiesen, daß dieses Verfahren in der deutschen Vorzeit unmöglich das einzige sein konnte, das es gegeben habe. Es kamen gewiß schon in der Urzeit Streitigkeiten nicht bloß zwischen Todfeinden, sondern auch zwischen Personen im Nahverbande vor, und diese jedenfalls auch wegen geringer Verfehlungen.

Es ist in der Tat nachweisbar, daß überall Anstalten vorhanden waren, um Streitigkeiten dieser Art beizulegen, aber die Berichte, die wir darüber haben, sind spärlich, da die Juristen sich begreiflicherweise dafür nicht interessieren. Wir finden die Gerichtsbarkeit des Sippenhauptes, des Hausvorstandes, des Dorfältesten. Wir finden Familiengerichte und Dorfgerichte. Das Verfahren ist ganz formlos, die Rechtsgrundsätze nach denen entschieden wird, schwankend und unsicher, der Spruch nur eine Art gütlicher Ausgleichung, wenn er nicht auf Ausschluß aus der Gemeinschaft lautet. Der Hausvorstand hat in Rom allerdings das ius vitae ac necis: derartiges findet sich aber schon im Altertum, wie die Römer selbst hervorheben, selten, und ist bei den anderen Gerichten im Nahverband auch nicht leicht nachweisbar (bei den alten Russen?). Entstanden ist es wohl erst in staatlicher Zeit.

Wir besitzen im Werke Pachmans: Russisches gewohnheitliches Privatrecht (Obytschnoje graschdanskoje prawo w Rossii) eine sehr ausführliche Darstellung dieser Art der Rechtspflege. In Rußland haben sich für die Angelegenheiten der Bauern bis in die Gegenwart Gemeindegerichte erhalten, die wohl in einer sehr frühen Zeit wurzeln. Die Gesetzgebung hat bloß ihre Zuständigkeit umschrieben, ihnen aber sonst bis in die neueste Zeit volle Freiheit gelassen. In den sechziger und siebziger Jahren wurde deren Tätigkeit eingehend untersucht durch eine Regierungskommission, die einen sechsbändigen Bericht darüber veröffentlichte. Auf diesem Berichte beruht das Pachmannsche Werk (bis auf den Abschnitt über die Artele). Die Ergebnisse sind, wie Malyschew und Kowalewskij hervorheben, ungemein anfechtbar, denn die Gerichte befinden sich gegenwärtig im Zustande der größten Verkommenheit; trotz alledem ist das Pachmannsche Werk nicht wertlos. Sehr bezeichnend ist der einzige Rechtssatz, der sich so ziemlich in allen Teilen Rußlands in der Rechtsprechung der Gemeindegerichte findet. Er lautet: Grech po polu, der Schaden wird auf beide Parteien je zur Hälfte verteilt. Wenn das Gericht sich nicht auskennt, wie es entscheiden soll, so verteilt es den Schaden auf beide Parteien je zur Hälfte.

Es gibt aber noch eine dritte Art von Gerichten. Diese sind ausschließlich staatlichen Ursprunges, sie entspringen der Befehlsgewalt des Heerführers. Der Heerführer greift selbstverständlich ein, sobald das Gemeinwesen gefährdet ist, vor allem bei Verrat, Einverständnis mit dem Feinde. Er beschränkt sich aber keineswegs darauf. Der Heerführer muß in seinen Scharen Manneszucht halten und insbesondere Fehden verhindern: das Überhandnehmen der Blutrache angesichts des Feindes kann unmöglich geduldet werden. Daher ist eine gewisse Gerichtsbarkeit auch in Privatangelegenheiten schon

frühe unvermeidlich. Auf höherer Entwicklung steht sie ordnungsmäßig dem König zu. Die Herrscherstellung, die der König im Frieden erlangt, gibt ihm die Möglichkeit, auch in Friedenszeiten Recht zu sprechen: das geschieht aber nach ganz anderen Grundsätzen und in einem ganz anderen Verfahren als bei anderen Gerichten, und jedenfalls nicht ausschließlich nach eigenem Ermessen des Königs, sondern nach dem Gutachten seiner Räte.

Die weitere Entwicklung besteht darin, daß zunächst die Schlichtung der Streitigkeiten im Nahverhältnis infolge der Lockerung der alten Verbände den größten Teil ihrer Bedeutung verliert, so daß auch Streitsachen zwischen Personen im Nahverhältnis vor die ordentlichen Gerichte kommen. Da diese jetzt infolgedessen nicht bloß über Blutfälle zu urteilen haben, so wird es ihre Aufgabe, nicht nur zu vergleichen, sondern auch zu entscheiden. Der zweite Schritt geschieht dadurch, daß diese Gerichte von Staatswegen neugeordnet werden: entweder wird einem staatlichen Beamten die Einleitung des Verfahrens übertragen, wie in Rom, oder sie erhalten vom Staate einen Vorsitzenden, wie im Frankenreich durch Karl den Großen und in England seit der Eroberung. Daneben aber dauert die rein staatliche Gerichtsbarkeit des Königs fort. Dann erst erfolgt, als dritter Schritt, die Ausgestaltung der königlichen Gerichtsbarkeit. Die königlichen Räte werden zu selbständigen Richtern und verdrängen tatsächlich die alten ordentlichen Gerichte infolge ihrer Vorrechte, wohl auch der Überlegenheit ihrer Rechtspflege (England), oder bilden sich zu einem Berufungsgericht um (die Parlamente in Frankreich, das Hofgericht im deutschen Reich). Die persönliche Gerichtsbarkeit des Königs wird aber dadurch noch keineswegs beseitigt. Endlich fallen bei den ordentlichen Gerichten die der Bevölkerung entnommenen Beisitzer weg, so daß sie zu rein staatlichen Beamtengerichten werden. Vielleicht gibt es noch eine weitere Stufe, die darin besteht, daß wieder volkstümliche Elemente zur Rechtspflege berufen werden. Das geschah in England schon unter Heinrich II. mit den Assisen und etwas später durch die Jury. Auf dem Festlande erscheint diese Strömung erst seit der französischen Revolution zunächst auf Strafsachen beschränkt, greift aber seither immer mehr auch für bestimmte Arten privatrechtlicher Angelegenheiten durch.

Die Verstaatlichung der Rechtspflege beschränkt sich jedoch auf Europa. Der Orient, soweit er vom europäischen Einfluß frei bleibt, kennt bis in die Gegenwart keine staatliche Rechtspflege. Der Kadi wird von der geistlichen Behörde eingesetzt und ist vom Staate unabhängig. Ebenso entscheiden in mohamedanischen Ländern teils weltliche, teils geistliche örtliche Obrigkeiten, die vom Staate weder berufen noch irgendwie beauftragt werden. Nur die Türkei hat, als

sie sich nach dem Krimkriege zu europäisieren begann, staatliche Gerichte eingerichtet, dabei aber für eine ganze Reihe von Angelegenheiten die geistliche Gerichtsbarkeit aufrecht erhalten.

Noch viel später als staatliche Rechtspflege tritt staatliches Recht in die Geschichte ein. Zunächst erzeugt der Staat selbstverständlich seine eigene Ordnung, das Staatsrecht, und wenn er Behörden schafft, von was immer für einer Art, so schreibt er ihnen ihre Zuständigkeit, ihre Geschäftsordnung, zuweilen auch das Verfahren vor. Schon früh werden Rechtsaufzeichnungen im Auftrage des Staates von Privaten verfaßt oder vom Staate anerkannt, die insbesondere die Normen zusammenstellen, nach denen die Gerichte vorgehen und entscheiden. Das ist aber kein staatliches Recht, selbst wenn das Hergebrachte mit Zusätzen und Änderungen versehen wäre. Derartiges gibt es auch in ganz privaten Arbeiten dieser Art, und es beweist nur, daß man damals ebensowenig wie später je eine Grenze zwischen Recht-Aufzeichnen und Recht-Setzen ziehen konnte und wollte, wie doch der dem Juristen so nahe stehende Medizinmann die Heilmittel nicht bloß zu kennen, sondern auch zu entdecken hatte.

Unter welchen Voraussetzungen staatliches Recht entstehen kann, ergibt sich aus seinem ganzen Wesen als eines staatlichen Befehles an die Gerichte und die sonstigen Behörden, wie sie vorgehen sollen. Es kann daher nur von dem ausgehen, der die Gerichte und die Behörden in seiner Hand hat. Es muß bereits eine gewisse Einheitlichkeit in der Staatsverwaltung und in der Ordnung der Rechtspflege vorhanden sein, bevor der Staat die Möglichkeit hat, in dieser Weise Recht zu schaffen. Der Staat muß aber auch schon so entwickelte Machtmittel besitzen, daß das, was von einem Mittelpunkte aus befohlen wird, im ganzen Staatsgebiete durchgeführt werde. Dazu gehört eine gewisse militärische Entwicklung und eine Art von Polizei. Endlich ist das staatliche Recht an psychologische Bedingungen im Volke geknüpft. Der Staat muß ein Material finden, aus dem er dem Gesetze gefügige Richter und Beamte formen kann. Da spielt schon die Kunst des Lesens und Schreibens eine große Rolle. Der noch ungeschriebenen Geschichte der staatlichen Gesetzgebung muß es vorbehalten sein, zu zeigen, wie sie überall der Entwicklung der Staatsverwaltung gefolgt ist. Man kann sich vorstellen, welchen Wert die Untersuchungen über die Gesetzgebung Hammurabis und sonstiges assyrisches Recht haben, solange wir über die Natur des assyrischen Staates nicht mehr wissen als jetzt. Der bloße Gedanke, der Staat könne Recht machen, mit derselben Wirkung, wie es durch altes Herkommen von selbst entsteht, also nach den Worten der Glosse zum Sachenspiegel der Gedanke, „des Landes Willkür sei zu halten, wie ein Recht", setzt eine ungeheuere Kraft der Abstraktion voraus, die

nur der entwickelte Mensch besitzt. Deutsche Schöffen des frühern Mittelalters haben darüber noch nicht verfügt, daher konnte das Reich auch keine eigentliche Gesetzgebung haben. Die wenigen deutschen Reichsgesetze bis zum XIII. Jahrhundert, Nachahmungen römischer Muster, sind bekanntlich unbeachtet geblieben. Aus diesen Gründen kennt der Orient im allgemeinen bis in die Gegenwart keine Gesetze. Als die Türkei Gesetze zu erlassen begann, mußte sie notwendig auch dafür ganz neue Gerichte schaffen: hätte der Sultan dem Kadi ein Handelsgesetzbuch geschickt, der Mann wüßte schwerlich, was er damit anfangen soll. Es kann ferner keine staatliche Gesetzgebung geben, ohne eine dem staatlichen Willen gefügige Rechtspflege. Auch daran fehlt es im Mittelalter. Die französischen Parlamente haben sogar den Gesetzen der absoluten Könige wiederholt Widerstand geleistet, nachdem sie sich vom Staate einigermaßen unabhängig gemacht haben. Die deutschen Territorien wären gewiß auch nicht schon im XVI. und XVII. Jahrhundert zu einem staatlichen Recht gelangt, hätten ihnen nicht die Universitäten ein vortreffliches Material für Richter und Beamte geliefert, die ganz von der Staatsgewalt abhingen. Es müssen endlich bereits wirksame Mittel der Kundmachung staatlicher Anordnungen vorhanden sein, und die Bevölkerung muß auch einiges Verständnis für Zweck und Inhalt eines Gesetzes haben. Wenn sich trotzdem häufig dort Gesetze finden, wo es an allen diesen Bedingungen fehlt, so werden meistens ganz unwirksame Nachahmungen ausländischer Muster vorliegen. Die fränkischen Könige strebten den römischen Cäsaren nach, Zar Duschan von Serbien den byzantinischen Kaisern, und in der neuesten Zeit will es so mancher orientalische Staat den Europäern gleichtun, so etwa Siam, das sich von einem Franzosen ein bürgerliches Gesetzbuch verfassen läßt.

Erst wo sich eine von einem Mittelpunkte geleitete Rechtspflege und Verwaltung, gestützt auf eine starke militärische und Polizeigewalt einstellen, kommt auch staatliches Recht vor. Diese Bedingung wird zuerst nur in kleinen Gebietsstaaten, im Altertum in Egypten, mit seinem ungemein kräftigen Staatswesen, besonders aber in Stadtstaaten, in Athen und Rom erfüllt, im Mittelalter in den Stadtstaaten Italiens und Deutschlands. Der römische Bürger und der römische Beamte trug die Vorstellung eines staatlichen Rechts allerdings über das ganze unermeßliche Reich; aber durchzugreifen beginnt sie doch erst in der späteren Kaiserzeit, seit der constitutio Antonina. Daß dabei sehr viel Schein und wenig Wirklichkeit war, geht aus den neueren Forschungen hervor. Auch die auf den Trümmern des römischen entstandenen germanischen Staaten haben staatliches Recht gehabt, wie die Kapitulariengesetzgebung zeigt, aber das erklärt sich daraus, daß sie viel von der römischen

Gesittung und von den bürokratischen Einrichtungen Roms übernommen hatten. Sehr schwer ist dabei zu entscheiden, ob und in welchem Umfange diese Gesetze wirklich in Geltung waren, ob sie tatsächlich angewendet worden sind. Gerade in dieser Beziehung sind in neuester Zeit, zumal von Dopsch, dessen Werk ich leider nicht mehr benützen konnte, begründete Zweifel rege gemacht worden. Je mehr sich die germanischen Staaten zeitlich und örtlich vom römischen Reiche entfernen, umsomehr verblaßt ihre Gesetzgebung. Der englische Rechtshistoriker Jenks hat seiner Schrift Law and Politics in the Middle Ages eine tabellarische Zusammenstellung der Rechtsquellen des Mittelalters in Italien, Deutschland, Frankreich, England, Schottland, Spanien und Skandinavien angefügt: sie ist sehr belehrend. Die Kolumnen für Italien und das Frankenreich sind vom VI. bis zum IX. Jahrhundert vollgedruckt, vereinzelt zeigt sich auch Spanien. Es sind allerdings zumeist Rechtsaufzeichnungen, aber diese enthalten bekanntlich auch gesetzgeberische Neuerungen, übrigens kommt eigentliches staatliches Recht ebenfalls vor. In England weist nur das VI. Jahrhundert einige Rechtsaufzeichnnngen auf. Im ganzen X. und XI. Jahrhundert steht die Gesetzgebung aller dieser Staaten bis auf Italien still. Rechtsaufzeichnungen finden sich in England und Schottland. Im XI. Jahrhundert beginnen sich die Stadtrechte in Italien zu melden. Von wirklichen Gesetzen wird von Schupfer, was Jenks nicht anführt, zuerst in Mailand berichtet (mit den Jahreszahlen 1026, 1061, 1065). Etwas später erscheinen in Deutschland die Landfrieden, die aber wohl erst im XI. Jahrhundert aus kirchlichen Geboten und freiwilligen Einungen zu Gesetzen werden. Dann kommen im XII. Jahrhundert die Stadtrechte dazu.

Diese äußerliche Betrachtung lehrt allerdings noch wenig. Wichtiger als die Frage, ob irgendwo, vielleicht unter fremdem Einflusse oder sonst infolge einer Zufälligkeit, der staatliche Wille als Recht verkündet worden, ist es, festzustellen, wann der Gedanke ernstlich aufgekommen ist, und wie er Wurzeln gefaßt hatte, daß der Staat berufen und imstande ist, selbständig Recht zu machen, und wann der zweite Gedanke um sich zu greifen beginnt, das Recht könne überhaupt nur durch den Staat entstehen. Über beides fehlt es leider an allen Untersuchungen. In Griechenland finden sich außerhalb Athens nur wenige Spuren staatlichen Rechts. In Sparta verdichtet sich der Mangel der Vorstellung eines staatlichen Rechts in der frühern Zeit, später zu dem Verbot, an dem alten Gewohnheitsrecht, der sogenannten Gesetzgebung des Lykurgos, etwas zu ändern. Der Gedanke des staatlichen Rechtsmonopols ist selbst den Römern bis in die letzte Kaiserzeit fremd: klar ausgesprochen wird er wohl erst von Constantin. Bis dahin wird nur das ius publicum auf den Staat zurückgeführt, und dazu

zählen die Römer, wie ich in meinen Beiträgen zur Theorie der Rechtsquellen nachgewiesen habe, außer dem Staatsrecht auch das gesetzte Recht, leges, senatus consulta, edicta magistratuum, constitutiones, nicht aber das ungesetzte Recht, das ius quod sine scripto venit compositum a prudentibus, das ius civile im technischen Sinne, das mit dem ius gentium und ius naturale als ius privatum zusammengefaßt wird. Seit wann die Römer Recht durch Gesetze zu erzeugen beginnen, ist nicht festzustellen. Aber noch in historischer Zeit haben sie Anstand genommen, das ius civile, das althergebrachte Gewohnheitsrecht, durch Gesetze zu ändern. Das geht daraus hervor, daß ihre älteren gegen Mißbräuche gerichteten Gesetze diese Mißbräuche nicht durch unmittelbare Aufhebung der Rechtssätze zu beheben suchen, auf die die Mißbräuche zurückgehen, sondern bloß dem Beschädigten ein Rückforderungsrecht geben: sie sind alle leges imperfectae (lex Plaetoria, lex Furia testamentaria, lex Marcia, lex Cincia); und noch Gaius drückt sich zuweilen so aus, als ob das alte ius civile neben den neueren Gesetzen, die es aufgehoben hatten, fortbestünde. Im Mittelalter, etwa seit dem Verfalle des Karolingerreiches, fehlt lange Zeit ganz der Gedanke, daß der Staat überhaupt Recht schaffen oder ändern könnte. Auf dem Reichstag zu Stela unter Otto I. im Jahre 942 wird das Eintrittsrecht der Enkel als Erben nach ihrem Großvater nicht durch ein Gesetz entschieden, sondern durch das Gottesurteil des Zweikampfes zu Anerkennung gebracht. Noch im Sachsenspiegel deutet nichts darauf hin. Die Zweischwertertheorie bezieht sich darauf gewiß nicht. Dem Papst, dem Inhaber des geistlichen Schwertes, wird nachdrücklich das Recht abgesprochen, Land- und Lehnrecht zu ändern. Die Glosse zum Sachsenspiegel gesteht der Willkür nur sehr bedingt zu, daß sie zu halten sei für Recht. Berühmt ist das Weistum des Parlaments von Merton (1235—1236): Ac rogaverunt omnes episcopi Magnates, ut consentirent, quod nati ante matrimonium essent legitimi, sicut illi qui nati sunt post matrimonium quantum ad successionem hereditariam, quia ecclesia tales habet pro legitimis, et omnes Comites et Barones una voce responderunt, quod nolunt leges Angliae mutare, quae usitate sunt et approbatae. Es war, wie jetzt allgemein angenommen wird, keineswegs die Abneigung gegen den Grundsatz der Legitimation — denn Mantelkinder gab es zu der Zeit auch in England —, sondern die noch mangelnde Vorstellung, daß das Recht etwas ist, was durch Parlamentsbeschluß gemacht oder geändert werden könne, die das Verhalten der Magnaten erklärt.

Auch wo sich das Gesetz zeigt, ist es keineswegs „der Wille des Staates". Seine älteste Form scheint die des Vertrages gewesen zu sein. Das war vielleicht auch bei den Römern der Fall: die römischen

leges sacratae dürften ursprünglich von jedem Bürger, den es anging, beschworene Vereinbarungen gewesen sein. Ähnliches findet sich auch in Griechenland. Zweifellos aber gilt es von den ältesten Gesetzen des deutschen Reiches, den Landfrieden. Sie mußten beschworen werden, und galten nur gegen die, die sie beschworen haben. Sie schöpften ihre Kraft also aus dem Eide, nicht aus dem Staatswillen, obwohl der Einzelne häufig zum Eide gezwungen wurde. Auch in England wird das Gesetz vom König mit dem Parlament häufig als Vertrag vereinbart. Eine andere Form ist die des Privilegs. Privilegien, der Stadt vom Stadtherren verliehen, sind vor allem die städtischen Bewidmungsurkunden in Deutschland und Italien, sowie die Bestätigung städtischer Statuten. Sehr oft erscheint das Gesetz als Weistum verkleidet. Jenks nennt das englische Parlament der älteren Zeit a law-declaring rather then a law-making body. Von einer der berühmtesten Quellen staatlichen Rechts in der Geschichte der Menschheit, der Magna charta wird gesagt: that the form of this solemn instrument is that of a deed of grant (Maitland). So schwer und so allmählig hat sich der, allerdings nichts weniger als leicht faßliche, Gedanke eines staatlichen Rechts selbst bei den vorgeschrittensten Völkern der Menschheit durchgerungen. Damit steht es keineswegs im Widerspruche, daß sich schon im frühen Mittelalter, bei den Glossatoren und dann auch bei den Postglossatoren und den Kanonisten mit Anwendung auf die Kirche, die staatliche Auffassung des Rechts findet. Denn es sind nicht ihre eigenen Gedankengänge, sondern die Lehren des corpus iuris aus der byzantinischen Zeit, die sich darin spiegeln. Was davon überdies auf politische, zumal ghibellinische, Bestrebungen zurückzuführen ist, mag dahin gestellt bleiben.

Vom staatlichen Recht findet sich im Oriente ebenso wenig wie von der staatlichen Rechtspflege. Was wir in außereuropäischen Staaten als Gesetze bezeichnen, sind entweder Rechtsaufzeichnungen, wie die Gesetze Mosis oder Zarathustras oder Manu, oder es sind Anordnungen der Staatsgewalt ohne allgemeine Bedeutung, die bloß für den einzelnen Fall gelten sollen, für den sie erlassen sind. Von nicht ernst gemeinten Nachahmungen europäischer Muster mag abgesehen werden.

Dem Inhalte nach umfaßt das staatliche Recht anfänglich nur Entscheidungsnormen: es ist nur ein Auftrag an die nunmehr verstaatlichten Gerichte, wie sie Rechtsstreitigkeiten entscheiden sollen. Die staatliche Verwaltung, sowie sie sich, seit Roms Untergang, zuerst in Frankreich entwickelt, hatte nur die Steuereinhebung und die Heeresangelegenheiten zu besorgen (die Intendanten); nur soweit gibt es daher für sie ein staatliches Recht. Diese Finanz- und militärischen

Behörden erhalten dann besondere Aufträge für den einzelnen Fall, dann ganz allgemein gehaltene Aufträge in bestimmten Fällen einzugreifen, und schließlich eingehende von der Zentralgewalt ausgehende Vorschriften, wie sie eingreifen sollen. Erst dadurch ist eine neue Art des staatlichen Rechts, das Recht der staatlichen Eingriffe, das staatliche Verwaltungsrecht begründet. Von Frankreich aus verbreitet sich dieses Recht mit der staatlichen Verwaltung über das ganze europäische Festland. Wo es keine staatlichen Verwaltungsbehörden gegeben hat, im alten deutschen Reiche, in England, in Polen, in Ungarn, fehlt es daher auch an einer durchgreifenden Verwaltungsgesetzgebung. Zuweilen hilft sich der Staat so, daß er die Selbstverwaltungsköper der kleinen Verbände, insbesondere der Gemeinden, der Bezirke, der Komitate, mit der Durchführung der Gesetze betraut, in England bedient er sich auch der Friedensrichter, aber diese Mittel sind in der Regel für den Zweck wenig geeignet. Handelt es sich um eine kräftigere Durchsetzung des staatlichen Willens, so müssen dafür eigene Behörden eingerichtet werden. Die Engländer haben daher mit ihrer Armengesetzgebung zugleich die Armengemeinde und mit der Arbeiterschutzgesetzgebung das Fabriksinspektorat geschaffen, und diese Einrichtungen haben vielfach auch anderwärts als Muster gedient.

Welche sind nun die Triebkräfte dieser ganzen Entwicklung? Was veranlaßt den Staat, die Rechtspflege und die Rechtsbildung, die doch ursprünglich nur Sache der kleineren Verbände ist, die die Gesellschaft zusammensetzen, immer mehr an sich zu reißen, und schließlich, wenigstens theoretisch eine Art Allgewalt über das alles zu behaupten? Betrachtet man den Staat für sich, ganz abgesondert von der Gesellschaft, so ist das unverständlich: es wird erst erklärlich, wenn man den Staat nicht mehr als ein in der Luft hängendes Wesen, sondern als Organ der Gesellschaft auffaßt. Der Grund liegt in der wachsenden Einheitlichkeit der Gesellschaft, in dem steigenden Bewußtsein, daß alle diese kleinen Verbände in der Gesellschaft, die sich teils umfassen, teils schneiden, teils ineinandergreifen, immer nur Bausteine eines größeren Verbandes sind, und schließlich Bausteine der ganzen Gesellschaft, in die sie eingehen. Das Gefüge und der Aufbau jedes Verbandes hängt von der Verfassung der einzelnen Verbände ab, die er enthält. Diese gegenseitige Abhängigkeit aller gesellschaftlichen Verbände von einander und die Abhängigkeit des Ganzen von seinen Bestandteilen, das ist der consensus universel Comtes und der social consensus Herbert Spencers, ohne den überhaupt der Begriff der Gesellschaft nicht faßbar und eine Gesellschaftswissenschaft nicht denkbar ist.

Ein ganz auf sich gestellter Verband, etwa eine Sippe oder eine

Familie auf einer weltfernen Insel oder in der Wüste, könnte selbstverständlich seine Ordnung ganz selbständig schaffen: das, was er als Ehe ansieht, ist die Ehe, was ihm als Eigentum gilt, ist Eigentum. Das ist auch bei den kleinen Verbänden, die die Gesellschaft zusammensetzen, umsomehr der Fall, je mehr sie von einander unabhängig nur ihr eigenes Leben leben. Aber es wird in dem Maße anders, als die Verbände zusammenwachsen, zu Gliedern der Gesamtheit werden. Da wird jeder einzelne Verband in der Gesellschaft und auch die Gesellschaft selbst immer empfindlicher für alles, was in den Verbänden vorgeht, die zum Ganzen gehören. Sie empfinden damit etwas, das wirklich vorhanden ist: daß ihr Dasein als Ganzes im Zustand ihrer Teile gegeben ist. Es wäre ja zweifellos eine Gesellschaft möglich, in der die Ehe durch eine viel losere geschlechtliche Verbindung ersetzt wäre, aber unsere heutige Gesellschaft wäre das gewiß nicht mehr. Nicht bloß die Ehe, auch unzählige andere Dinge müßten vollständig umgestaltet werden, sollte die Gesellschaft auf einer so veränderten Grundlage wieder ins Gleichgewicht kommen. Auf der Ehe und der durch sie begründeten Familie beruht ein gutes Stück der Gütererzeugungsordnung, zumal in der Landwirtschaft, fast die ganze Verbrauchsordnung, denn der größte Teil der Menschheit wohnt und nährt sich bekanntlich noch immer im Hause, die Kinderpflege, das Erziehungswesen, die Sittlichkeit; für all das müßte nach ganz neuen Grundsätzen gesorgt werden, wenn den Ansprüchen der verschiedenen Eheneuerer Rechnung getragen werden sollte. Die Schwierigkeiten, die dadurch der Gesellschaft entstünden, sind heute noch unübersehbar. Die zyklopische Mauer, die Jahrtausende überdauert hat, wird erschüttert, wenn auch nur ein Stein aus seiner Lage gerückt wird. Für Ehe und Familie hat die Gesellschaft feste Formen, an denen sie selbst scheinbar Nebensächliches nicht leichtfertig ändern läßt, bei jeder Neuerung zittert sie um das Ganze, und sorgsam scheidet sie alles aus, was sich dem Bestehenden nicht gleichartig erweist.

So erklärt sich das Bestreben der Gesellschaft, auch die innere Ordnung in den Verbänden nach ihrem Bedürfnisse einheitlich zu regeln, und auf diesem Bestreben beruhen alle Arten allgemeiner gesellschaftlicher Normen. Man darf wohl behaupten, daß jeder, auch der kleinste gesellschaftliche Verband, jede Familie, jedes Haus, jedes Dorf, jede Gemeinde, aber auch jedes Land, jedes Volk, ihr eigenes Recht, ihre eigene Religion, ihre Sittlichkeit, ihre Sitte, ihren Anstand, ihren Takt, ihre Mode haben. Genaue Kenner der Verhältnisse vermögen danach oft die Zugehörigkeit eines Menschen auf den ersten Blick zu bestimmen. Daneben gibt es aber ein Recht, eine Religion, eine Sittlichkeit, eine Sitte, einen Takt, einen Anstand,

eine Mode, die von dem größern Verbande ausgehen und die dieser den kleinern, die ihn zusammensetzen, auferlegt, und schließlich gehen Normen dieser Art auch von der ganzen Gesellschaft aus. So hat jede Gesellschaft auch allgemeingültige Rechtsnormen, durch die sie in die Ordnung der Verbände, die zu ihr gehören, eingreift. Es finden sich überall nicht nur gesellschaftlich benachteiligte Einzelne, sondern auch gesellschaftlich zurückgesetzte, verfehmte, verfolgte Verbände: eheliche Verbindungen, Arten der Familie, Völkerschaften, Religionsgemeinschaften, politische Parteien, denen das Leben von gesellschaftswegen möglichst schwer gemacht wird, Verträge, die schon gesellschaftlich nicht für verbindlich gelten. Solche Normen werden zunächst durch dieselben Arten gesellschaftlichen Druckes durchgesetzt, durch die die kleinen Verbände ihre Normen gegenüber den Einzelnen, die zu ihnen gehören, durchsetzen. Aber diese Normen, und insbesondere die Rechtsnormen, sind nicht mehr eine innere Ordnung der kleinen Verbände, sondern eine innere Ordnung der Gesellschaft, von dieser den Verbänden als eine äußere Ordnung auferlegt. Sie hat weit mehr als die innere Ordnung der Verbände das Gepräge einer Herrschafts- und Kampfordnung: sie ist zum großen Teile Ausdruck der Stellung der in der Gesellschaft herrschenden Verbände zu den beherrschten, und des Kampfes der in der Gesellschaft organisierten Verbände gegen andere, die sich in die Organisation nicht einfügen. Und eine ganze Reihe von gesellschaftlichen Normen hat überhaupt nicht den Zweck, unmittelbar eine Ordnung in den Verbänden zu schaffen, sondern bloß die von der Gesellschaft ausgehende Ordnung in die Verbände hineinzutragen: sie sind also nur Normen zweiter Ordnung. Solange die Rechtspflege noch nicht verstaatlicht ist, beruht die ganze Rechtspflege, das ganze Verfahren der noch rein gesellschaftlichen Gerichte auf solchen bloß gesellschaftlichen Normen zweiter Ordnung. Aber auch heute noch haben wir es mit derselben Erscheinung zu tun, soweit es vom Staat unabhängige gesellschaftliche Gerichte gibt: Ehrengerichte, Vereinsgerichte, Klubgerichte, Schiedsgerichte. Ihre Zuständigkeit und ihr Verfahren wird nur durch gesellschaftliche Normen zweiter Ordnung geregelt.

Die ungeheuere Bedeutung des Staates für das Recht beruht darauf, daß sich die Gesellschaft des Staates als ihres Organes bedient, wo es sich ihr darum handelt, dem von ihr ausgehenden Recht kräftigen Rückhalt zu geben. Ein von der Gesellschaft unabhängiger Staat ist an sich allerdings keine unvollziehbare Vorstellung. In der Lehre vom „sozialen Königtum“ hat er schon längst theoretisch Ausdruck gefunden. Das wäre ein Staat, der ausschließlich aus dem Staatsoberhaupt, dem Heer und dem Beamtentum bestünde: das Staatsoberhaupt absolutistisch regierend, ein ihm blind

ergebenes Heer, eine unbedingt gefügige Beamtenschaft, und alles ohne jede Fühlung mit dem Rest der Bevölkerung, jedem Einfluß gesellschaftlicher Strömungen entzogen. Denkbar wäre das allerdings nur bei einem von fremden Offizieren befehligten Söldnerheer und einem sich selbst ergänzenden und nicht hinausheiratenden Beamtentum. Die häufigen Heiratsordnungen für Beamte und Offiziere hängen überall offenbar mit dem Bestreben zusammen, sie von der Gesellschaft oder wenigstens gewissen gesellschaftlichen Schichten unabhängig zu machen. Geschichtliche Beispiele für einen Staat ohne Gesellschaft lassen sich kaum anführen; immerhin nähert sich ihm wohl ein Staat, der sich der Gesellschaft, und sei es auch nur in einer Richtung bewußt entgegensetzt: die Regierungen Kaiser Josef II. in Österreich, Friedrich des Großen in Preußen, Peter des Großen in Rußland, Napoleon III. in Frankreich, wohl auch die Wirksamkeit Steins und Hardenbergs in Preußen, Struensees in Dänemark. Aber selbst unter außerordentlich günstigen Verhältnissen hielt sich das Regierungssystem nirgends lange, es fiel spätestens mit dem Tode seines Trägers. Wenn später die Gedanken, die es verwirklichen sollte, wieder aufgenommen worden sind, so geschah es, weil sich die Gesellschaft inzwischen so sehr geändert hat, um selbst das zu verlangen, was gegen sie durchgesetzt hätte werden sollen.

Von solchen Ausnahmen abgesehen, ist der Staat nach den meisten Richtungen, durchwegs aber, wo es sich ums Recht handelt, nur ein Organ der Gesellschaft. Selbst im absolutistischen Staat ist das Staatsoberhaupt, Heer, Beamtentum durch so viel Fäden mit den in der Gesellschaft maßgebenden Klassen und Schichten verbunden, daß sie im allgemeinen nur das ausführen, was diese verlangen: zeigt sich an irgendeiner Stelle im Staate ein Widerstand gegen die Gesellschaft, oder gar das Bestreben ihr entgegenzutreten, so findet diese zahllose Mittel sich durchzusetzen. Gesellschaftliche Kräfte sind elementare Kräfte, gegen die Menschenwille, wenigstens auf die Länge, nicht aufkommt. Die ganze Frage der Staatsverfassung, so wie sie schon Montesquieu verstanden hat, und wie sie seither immer wieder aufgeworfen wird, betrifft die technische Aufgabe, den Staat so zu gestalten, daß er möglichst widerstandslos und reibungslos den Willen der Gesellschaft ausführe. Im freien Staate sind zwar noch in der Theorie Staatsoberhaupt und Richteramt von der Gesellschaft unabhängig, in Wirklichkeit aber durch die Verfassung und die Gesetzgebung so eingeschnürt, den Machteinflüssen so ausgesetzt, daß sie starken gesellschaftlichen Strömungen unmöglich widerstehen können.

Die Gesellschaft bedient sich des Staates als ihres Organs, um durch ihn den zu ihr gehörenden Verbänden ihre Ordnung aufzuzwingen.

Ein großer Teil des staatlichen Rechts enthält allerdings Normen erster Ordnung, die der Staat als Organ der Gesellschaft festsetzt. Solche Normen sind die Staatsverfassung, das Recht der staatlichen Behörden, die rein staatlichen Entscheidungsnormen, die vom Staate ausgehenden Vorschriften für verschiedene Gebiete des wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebens (etwa Unterricht, Gewerbe, Finanzwesen). Aber ein anderer sehr wichtiger Teil des staatlichen Rechts soll nur gesellschaftliches oder staatliches Recht durch Normen zweiter Ordnung schützen und schirmen; das ist das Strafrecht und Prozeßrecht, seit sie verstaatlicht sind, dann die Gefährdungsverbote, polizeiliche Vorschriften. Strafrecht, Prozeßrecht und Polizeirecht enthalten daher ausschließlich Normen zweiter Ordnung, sie regeln nicht unmittelbar das Leben, sondern sollen nur die anderweitig gegebene Regelung aufrecht erhalten.

Es ist daher leicht begreiflich, daß das staatliche Recht in allen wesentlichen Richtungen nur der gesellschaftlichen Entwicklung folgt. Will die Gesellschaft im Staate einen bestimmten Verband, etwa ein Volk, eine Religionsgemeinschaft, einen Stand, eine Klasse, eine politische Partei abstoßen, ausbeuten, unterdrücken, so stellt sich der Staat mit seinen Behörden, mit seinen Gerichten, soweit sie von ihm abhängen, besonders aber mit den Rechtssätzen zweiter Ordnung, dem Strafrecht, dem Prozeßrecht, der Polizei, auf Seiten der Verfolger: er löst Vereine auf, verbietet Versammlungen, bekämpft Religionen, politische Parteien, wissenschaftliche Lehren, und schafft dafür durch seine Gesetzgebung die rechtliche Grundlage. Die seltenen Ausnahmen, von denen einige soeben erwähnt worden sind, bestätigen nur die Regel. Aber die Gesellschaft ändert ihre Stellung, wenn es sich zeigt, daß die Bekämpften nicht zu überwinden sind. Dann beginnt für sie die Notwendigkeit, die neue Zelle, so gut es geht, in den alten Bau aufzunehmen. Darin liegt zwar immer eine Anpassung des bisher bekämpften Verbandes an die Gesellschaft, aber auch eine Anpassung der Gesellschaft an den Verband: Die Gesellschaft muß sich nun in eine neue Gleichgewichtslage hineinfinden. Zum großen Teil vollzieht sich daher der Prozeß in der Gesellschaft selbst. Ein anderes Stück der Aufgabe fällt der Jurisprudenz zu: es müssen neue Rechtssätze für das neue Verhältnis geschaffen werden. Die römische hat sie oft genug glänzend gelöst, und auch die gemeinrechtliche, die englische und die französische hat manches Hervorragende in dieser Richtung geleistet. Aber schließlich muß sich auch die Staatsverfassung, das Vorgehen der Behörden und das ganze staatliche Recht in die neue Ordnung fügen, auch an den Gesetzen muß also mit dem Fortschritte der Gesellschaft geändert werden. Verschieben sich jedoch die Machtverhältnisse in der Gesellschaft so

sehr, daß die bisher Unterdrückten auch den Staat in ihre Gewalt bekommen, was selbstverständlich nicht bei einer bloßen Militär- oder Palastrevolution, bei der das gesellschaftliche Gefüge unberührt bleibt, sondern nur bei einer gesellschaftlichen Umwälzung der Fall ist, so wird auch das staatliche Recht und werden die staatlichen Behörden an die Seite der Sieger treten und oft genug sind die Verfolger von gestern selbst zu Verfolgten geworden.

In Wirklichkeit ist daher das Umsichgreifen des staatlichen Rechts, das so deutlich in der Geschichte hervortritt, nur Ausdruck der gesteigerten Einheitlichkeit der Gesellschaft. Mit dem immer lebhafter werdenden Gefühle, daß alles, was in der Gesellschaft ist, zur Gesellschaft gehört, daß alles, was in der Gesellschaft vorgeht, die Gesellschaft angeht, erscheint auch das Bedürfnis, allen selbstständigen gesellschaftlichen Verbänden durch den Staat eine einheitliche rechtliche Grundlage vorzuschreiben. Es möge gestattet sein, das durch einige Beispiele zu beleuchten.

Man beachte die rechtliche Lage des römischen Hauses. Hier, wo nicht selten dreißig bis vierzig erwachsene freie Gewaltunterworfene vereinigt waren, konnte selbstverständlich weder eine vollständige Anarchie noch die reine Willkür des Hausvorstandes herrschen. Für das eine und für das andere waren die Römer viel zu gute Verwalter. In der Tat, das wenige was wir vom römischen Hause wissen, beweist, daß darin eine feste rechtliche Ordnung vorhanden war. Es gab im Hause Familienrechte, die auch dem paterfamilias gegenüber Stand hielten: wir wissen wenigstens, daß die ehelichen Rechte eines verheirateten Haussohnes und einer verheirateten Haustochter von deren Eltern immer geachtet wurden und die manus dem Haussohne und nicht dem paterfamilias zustand; die Gewaltunterworfenen hatten eigenes ihnen vom Gewalthaber zugewiesenes oder von ihnen erworbenes Vermögen, Grundstücke und Vieh, Geschäftsunternehmungen; es haben obligatorische Verhältnisse zwischen ihnen bestanden; wir hören auch von einem Hausgericht. Aber vom Standpunkte der römischen Gesellschaft waren das wenigstens anfänglich keine Rechtsverhältnisse, denn sie kümmerte sich grundsätzlich nicht darum, was im Hause vorging. Für sie gab es nur eine Art von Recht, das das Verhältnis der Häuser untereinander regelte und vom Magistrat und vom Gerichte als Recht gehandhabt wurde. Mit der Zeit wurde das allerdings anders, denn der Haussohn wurde Geschäftsmann und sein Vermögen im Hause, sein peculium, wurde die Grundlage seines Kredits. Damit begann der Haussohn auch nach außen hervorzutreten, seine rechtliche Stellung im Hause wurde wichtig für Handel und Verkehr. Insofern wurde die innere Ordnung des römischen Hauses auch gesellschaftliches Recht: der Prätor erläßt darüber ediktale

Bestimmungen und die Juristen befassen sich damit in ihren Schriften. Schließlich greift die Gesetzgebung der Kaiserzeit unmittelbar in das Verhältnis des Gewalthabers und der Gewaltunterworfenen ein, schützt den Haussohn vor Mißbrauch der väterlichen Gewalt, gesteht ihm ein Vermögen zu, das ihm der paterfamilias nicht entziehen kann. In etwas anderer, aber grundsätzlich ähnlicher Weise hat sich auch das römische Sklavenrecht entwickelt.

In der mittelalterlichen Grundherrschaft geht derselbe Prozeß in einem viel größeren Maßstabe vor sich. Die unfreien Grundholden des Mittelalters hatten gewiß zu jeder Zeit bestimmte Regeln für ihr Verhältnis untereinander und zur Herrschaft. Schon früh wurden diese Regeln aufgezeichnet, und so entstanden die festländischen Hof- und Dienstrechte, die byrlowes, bylaws, customs des englischen Manor. Diese Ordnungen waren zweifellos Recht, und als solche behandelt sie auch die moderne Rechtsgeschichte. Aber sie waren es nur nach innen, denn die mittelalterliche Herrschaft war anfänglich, ebenso wie das römische Haus, eine Welt für sich, deren innere Verfassung die Außenwelt nichts anging: so little commonwealth nennt das Verhältnis zwischen dem lord und dem copyholder noch der englische Jurist Coke im XVII. Jahrhundert, obwohl es sich zu seiner Zeit nur um Reste handelte. Im späteren Mittelalter geht die Herrschaft immer mehr in der ganzen Gesellschaft auf, und die Folge ist, daß das, was ursprünglich nur Recht war im innern Verbande des Hofes, nunmehr auch ein Recht wird nach außen, das die ganze mittelalterliche Gesellschaft als solches anerkennt. So wurde das, was dem Grundholden nur nach Hofrecht gehörte (by the custom of the manor), sowohl in Deutschland als auch in England zu einem nach gemeinem Recht von den Gerichten geschützten Eigentum. Eine sehr berühmte Stelle des englischen Juristen Littleton, der um die Mitte des XV. Jahrhunderts ein Werk über den Grundbesitz (Upon Tenures) schrieb, kennzeichnet den Übergang dadurch, daß sie im ersten Satz von den Grundholden (tenants by custom) das Gegenteil davon sagt, was im zweiten Satze steht: It is said that if the lord do oust them, they have no other remedy but to sue to their lords by petition, for if they should have any other remedy they should not be said to be tenants at the will of the lord, according to the custom of the manor. Tenant by the custom is as well inheritor to have his land according to the custom as he which hath a freehold at the common law. Der zweite Satz soll übrigens nicht von Littleton, sondern ein späterer Einschub sein. Die weitere Entwicklung besteht darin, daß die Verhältnisse nach Hofrecht schließlich ganz ins gesellschaftliche Recht aufgenommen werden, bis der Hofverband zersetzt wird und die einzelnen Grundholde in eine unmittelbare Beziehung zur Gesellschaft treten.

Ein drittes Beispiel bietet die Entwicklung des Staates selbst. Jeder große Gebietsstaat besteht ursprünglich aus Gemeinwesen, die sich ihre Ordnung selbst geschaffen haben. Das römische Italien war bis zum Bundesgenossenkriege nur ein völkerrechtliches Bündnis italischer Stadtstaaten mit dem Stadtstaate Rom; die modernen Einheitsstaaten Europas waren anfänglich Vereinigungen von Städten und Provinzen, die ihrerseits aus Gemeinden bestanden: und jeder dieser Stadtstaaten, jede Provinz, jede Gemeinde hatte ihre herkömmliche oder gesetzte Ordnung, die, abgesehen von den etwaigen Privilegien und den städtischen Bewidmungen, ganz unabhängig vom Staate entstanden waren und sich entwickelten. Im römischen Italien wurde es erst anders infolge der Munizipalverfassung: von da an gründete sich die städtische Ordnung auf ein römisches Gesetz. Mit der Entstehung des modernen Einheitsstaates erhalten auch die Provinzen vom Staate eine gesetzliche Grundlage oder verschmelzen sich ganz mit ihm, wie in Frankreich und Italien; das Recht der Gemeinden, wird durch staatliche Städte- und Gemeindeordnungen geregelt. Es wurde häufig bemerkt, daß dadurch praktisch nicht notwendig eine durchgreifende Rechtsänderung eintrat, denn die römische Munizipalverfassung unterschied sich wenig von der Verfassung, die bis dahin in den italischen Stadtstaaten gegolten hatte, und auch die modernen Landes- und Gemeindeordnungen schlossen sich vielfach an das Hergebrachte an. Aber grundsätzlich war damit eine ungeheure Umwälzung vollzogen, da die ursprüngliche, vom Staate unabhängige eigene Ordnung aller dieser Gemeinwesen durch eine ihnen vom Staate verliehene, also eine vom Staate abgeleitete, ersetzt worden ist. Jede Provinz, jede Stadt, jede Gemeinde wurde damit aus einem selbständigen Lebewesen zu einem bloßen Verwaltungskörper des Staates. Die Bundesstaaten des deutschen Reiches haben jedoch bis in die Gegenwart eine Verfassung, die nicht von der deutschen Reichsverfassung abgeleitet ist.

An diesen Tatsachen soll nun die herrschende Rechtsauffassung gemessen werden, die vor allem dahin geht, daß eine Norm nur dann eine Rechtsnorm sei, wenn sie vom Staate als Rechtsnorm gesetzt ist. Das ist wohl durch die bisherigen Ausführungen widerlegt, denn es hat sich gezeigt, daß nur ein kleiner Teil des Rechts, das staatliche Recht, wirklich vom Staate ausgeht. In der Regel ist aber, wenn alles Recht auf den Staat zurückgeführt wird, das nur so gemeint, daß eine Norm, wie immer sie auch entstanden sein möge, erst dadurch zur Rechtsnorm werde, daß sie vom Staate als Rechtsnorm anerkannt, vom Staate mit Normen zweiter Ordnung, Strafdrohungen, Prozeß, Verwaltungsmaßregeln, umgeben wird. Würde das wirklich zum Begriffe einer Rechtsnorm gehören, dann würden die Gebilde,

von denen bisher die Rede war, die Ordnung des römischen Hauses, der mittelalterlichen Herrschaft, der ursprünglichen Gemeinwesen, wenn man diese nicht selbst als Staat ansieht, nicht zum Rechte gehören. Man könnte nun allerdings behaupten, daß der römische Haussohn, abgesehen von den Fällen, wo er in der spätern Zeit seine Ansprüche selbst vor Gericht geltend machen durfte, kein Recht gehabt habe. Die Meinung der Römer war das bekanntlich nicht, denn aus den Quellen geht deutlich hervor, daß die manus dem Haussohn, nicht seinem Gewalthaber zustand, daß das peculium Vermögen des Haussohns (allenfalls der Sklaven) war, daß zwischen dem Gewalthaber und dem Gewaltunterworfenen sowie zwischen den Gewaltunterworfenen untereinander obligationes naturales bestehen konnten, wenn auch alle diese Rechtsverhältnisse gegen den Gewalthaber gerichtlich nicht geschützt waren — der etwaige Schutz des Censors, der kein Rechtsschutz war, muß hier selbstverständlich außer Betracht bleiben — und auch gegen Dritte nur dem paterfamilias die Rechtsmittel gegeben wurden. Ebenso müßte man den deutschen Hofrechten, den englischen manorial customs die Rechtsbeständigkeit absprechen, denn der Dienstmann konnte sich darauf vor keinem staatlichen Gerichte berufen. Die besten Kenner des mittelalterlichen Rechts urteilen aber anders: Then, as to the case between lord and tenant, the tenant cannot sue the lord in the lords court; the tenant in villeinage ejected by the lord has no remedy anywhere. But is this, we may ask, a denial of legal right? The king disseises the Earl of Gloucester; the earl has no remedy anywhere; yet we do not deny that the honour of Gloucester is the earls by law or that in disseising him the king will break the law (Maitland). Und ein anderer, der Maitland gewiß nicht nachsteht, meint: Die Vorstellung, daß das, was vom Herrn dem Untergebenen zu gewähren ist, im Rechtssinne geschuldet wird, ist allem germanischen Verbandsrecht immanent. Erzwingbare Pflichten aber entwickeln sich daraus nur, wenn und soweit eine höhere Verbandsgewalt befugt wurde, zum Schutze der Rechte der Verbandsangehörigen einzugreifen. Trotzdem erscheint in allen Fällen das Verhalten des Gewaltträgers, der den Gewaltunterworfenen Gebührendes versagt oder Ungebührliches zufügt, als Unrecht (Gierke).

Die staatliche Rechtsauffassung hält daher die geschichtliche Probe nicht aus. Damit ist sie wohl auch widerlegt, denn wäre es für das Recht begriffswesentlich, vom Staate gewährleistet zu sein, dann hätte es nicht lange geschichtliche Zeiträume hindurch ohne den Staat bestehen können. Es kommt daher nur noch darauf an, ob der Begriff, den wir in der Gegenwart mit dem Rechte verbinden, ein solcher ist, daß sich die staatliche Rechtsauffassung rechtfertigen ließe. Und da

ist es wohl notwendig, sich über ihre Bedeutung in allen Einzelheiten vollkommen klar zu werden.

Es gibt auf allen Gebieten Lebensverhältnisse, die den vom Staate anerkannten, geregelten, geschützten, durchaus gleichartig sind, denen der Staat keineswegs auch irgendwie entgegentreten will, die er aber aus irgendeinem Grunde nicht mit einem Rechtsschutz ausgestattet hat. Von dieser Art sind zahlreiche Gemeinschaften, wirtschaftliche, gesellschaftliche, religiöse, politische Vereinigungen, manche Verträge, aber auch im Sachenrechte und im Erbrechte gibt es Erscheinungen dieser Art. In einem beschränkten Maße ist es so beim nicht rechtsfähigen Vereine des deutschen bürgerlichen Rechts. Auch die sogenannte „Koalitionsfreiheit“ der Arbeiter beruhte in der zweiten Hälfte des XIX. Jahrhunderts auf diesem Gedanken. Der Staat verwirft es keineswegs, billigt es vielleicht sogar, daß die Menschen von Rechtswegen nach einer bestimmten Ordnung vorgehen, aber er will, daß sie es nur freiwillig oder bloß unter gesellschaftlichem Drucke tun sollen. Manchmal liegt es nur an der technischen Schwierigkeit, eine entsprechende juristische Regel und Form für den Rechtsschutz zu finden, das Verhältnis ist „juristisch“ nicht konstruierbar, so häufig bei den Rechten, insbesondere den Sonderrechten der Angehörigen juristischer Personen, bei den Rechten des durch eine Stiftung oder eine Anstalt Begünstigten; so vermochten die deutschen Juristen die Rübenlieferungspflichten der Aktionäre der Zuckerfabriken, die österreichischen können jetzt noch die südslawische Sadruga in ihr Rechtssystem nicht einfügen. Ähnliche technische Schwierigkeiten stehen bisher meist der Anerkennung des Tarifvertrags entgegen. Es kommt aber auch vor, daß die Menschen Einrichtungen schaffen, für die sie den staatlichen Rechtsschutz, den sie haben könnten, absichtlich ablehnen. Das war lange Zeit so bei den englischen Gewerkvereinen und ist heute bei der katholischen Kirche in Frankreich der Fall. Kenner der Verhältnisse in Frankreich, so Bureau in seiner Schrift: La séparation de l’Eglise et de l’état, behaupten, daß die Kirche durch diese Haltung erheblich gestärkt wird. Bei den Kartellen und den Trusts scheint die Abneigung gegen den staatlichen Rechtsschutz vielfach auf beiden Seiten zu bestehen. Auch Verträge werden zuweilen so abgeschlossen und letztwillige Anordnungen vorgenommen, daß daraus nach dem ausdrücklichen Willen des Verfügenden keine klagbaren Ansprüche entstehen dürfen.

Wichtiger ist es vielleicht noch, daß doch der größte Teil des Rechtslebens überhaupt fern vom Staate, den staatlichen Behörden und dem staatlichen Rechte, vor sich geht. Worauf soll es denn hier ankommen? Es ist doch im Vorhinein klar, daß der Wust der Gesetze

die bunte Mannigfaltigkeit des Rechtslebens unmöglich decken kann. Es entstehen auch in unserer Zeit, gerade so wie in der grauen Vergangenheit, neue Gemeinschaften, Besitzverhältnisse, Verträge, Erbordnungen, den Gesetzen noch unbekannt. Sollen diese erst auf die Erwähnung in einem Gesetze warten müssen, um Rechtsverhältnisse zu werden, während die grundlegenden Einrichtungen unserer Gesellschaft Jahrtausende hindurch ohne diese Hilfe der Menschheit ihre Ordnung gaben? Und die Möglichkeit, die Ansprüche aus dem Verhältnis vor Gericht oder andern Behörden geltend zu machen? Aber von der unübersehbaren Zahl der Lebensverhältnisse ziehen doch schließlich nur ganz ausnahmsweise welche die Aufmerksamkeit der Gerichte und anderer Behörden auf sich. Es gibt Millionen von Menschen, die in zahllose Rechtsverhältnisse treten, und die so glücklich sind, nie eine Behörde anrufen zu müssen. Da das der Gesetzgebung und Rechtssprechung fern gebliebene Verhältnis immerhin das regelmäßige ist, so würde gerade in den Fällen, die die Regel bilden, alles fehlen, was nötig wäre, um festzustellen, ob man es mit einem Rechtsverhältnis zu tun habe. Dabei verschiebt sich jeden Augenblick die Grenze zwischen dem, was die Gerichte und die Behörden zu veranlassen imstande sind, und was sie unterlassen zu müssen glauben, nicht nur durch die Gesetzgebung, sondern auch durch die tatsächliche Übung; soll jede solche Änderung, jedes unmerkliche Schwanken, auch auf alle die Verhältnisse zurückwirken, die nie vor ein Gericht gebracht worden sind oder gebracht werden sollen?

Immerhin blühen heute noch zwei vom Staate, genauer gesprochen von der staatlichen Gesetzgebung, Rechtssprechung und Verwaltung durchaus unabhängige Rechtssysteme: das Kirchenrecht und das Völkerrecht. Für wen Recht immer nur staatliches Recht ist, für den könnte nur Staatskirchenrecht Recht sein: aber das stünde im Widerspruch mit der allgemeinen Auffassung, die doch die kräftigste Stütze der herrschenden Lehre ist. Das Kirchenrecht ist ohne Rücksicht darauf, wie sich der Staat dazu verhält, deswegen ein Recht, weil es die rechtliche Ordnung der Kirche ist; durch die vollständige Trennung der Kirche vom Staat, wie in Frankreich, hat das Kirchenrecht nichts von der Eigenschaft eines Rechts verloren. Und ebenso ist der Widerstand gegen die Anerkennung der rechtlichen Natur des Völkerrechts gegenwärtig fast ganz verstummt. Er gründete sich ja von Anfang an nicht auf die wissenschaftlich erforschte Natur des Rechts im allgemeinen und des Völkerrechts im besondern, sondern ausschließlich darauf, daß dieses in eine fertige Schablone nicht recht hineinpaßte.

Ein wirklich vollständig verstaatlichtes Recht, nicht bloß vom Staate ausgehende einzelne Rechtssätze, hätten wir, wenn das Ideal

der am weitesten vorgeschrittenen Staatssozialisten in Erfüllung ginge, wenn der Staat die ganze Gütererzeugung in Werkstätten durch seine Angestellten besorgen und die von ihm erzeugten Güter an die Verbrauchsberechtigten, wieder durch seine Angestellten, verteilen ließe. Dann wäre das Eigentum und der Vertrag mit der privaten Gütererzeugung und dem privaten Güteraustausch durch staatliche Rechtseinrichtungen ersetzt. Das Bild einer Gesellschaft ganz verstaatlichten Rechts gibt der Amerikaner Bellamy in seiner Utopie Looking Backward. Ob wir uns dabei viel wohler fühlen würden, als jetzt, mag dahingestellt bleiben; jedenfalls beweist die bisherige Darstellung, daß wir davon noch recht weit entfernt sind.

Die staatliche Rechtsauffassung ist daher wissenschaftlich unhaltbar. Sie beruht teils darauf, daß mit Hilfe verschiedener ganz unzulässiger Künstleien, jede Rechtsnorm, von wo sie auch immer herkommen, wodurch sie sich auch halten möge, auf den Staat bezogen wird, teils darauf, daß man gewaltsam die Augen verschließt vor der Menge des Rechts, daß unabhängig vom Staate entstanden ist und unabhängig vom Staate besteht. Der höchst einseitige Begriff des Rechts, der dadurch aufgekommen ist, hat aber einen verhängnisvollen Einfluß sowohl auf den eigentlichen wissenschaftlichen Betrieb als auch auf die praktische Jurisprudenz und den juristischen Unterricht genommen. Nicht bloß deswegen, weil er an sich schon falsch ist, sondern auch, weil er dem Rechtsforscher ein reiches Gebiet voller Anregungen entzog. Indem dieser Rechtsbegriff den Blick des Rechtsforschers auf Staat, Behörden, Gesetz und Prozeß einengte, verurteilte er die Wissenschaft zu der Armseligkeit, unter der sie bis auf den heutigen Tag entsetzlich leidet. Ihre fernere Entwicklung setzt voraus, daß sie sich von dieser Fessel befreie und die Rechtsnorm nicht bloß im staatlichen, sondern auch in ihrem gesellschaftlichen Zusammenhange betrachte.

Wo immer auch die Rechtsnorm den Blick des Soziologen auf sich zog, ob es galt, ihrem Ursprung nachzuforschen, den Begriff festzustellen, die gesellschaftliche Aufgabe zu prüfen, fand sie sich mit andern gesellschaftlichen Normen zusammen. Und doch besteht zwischen ihr und den außerrechtlichen gesellschaftlichen Normen zweifellos ein unverkennbarer Gegensatz. So wenig dieser weggeleugnet werden könnte, so schwer ist er bei dem heutigen Stande der Wissenschaft zu bestimmen; und auch die nachfolgenden Erörterungen sollen mehr dazu dienen, den Vorwurf scharf zu umschreiben, als eine Lösung zu bringen. Die Frage ist ja nicht dem Rechte eigentümlich. Man müßte doch auch fragen, wodurch sich die Sittlichkeit von der Religion und Sitte, diese von Anstand und Takt, Anstand und Takt von Ehre oder dem guten Ton und der gute Ton von der

Mode unterscheiden. Andererseits sind die Grenzen zwischen den verschiedenen Arten der Normen zweifellos einigermaßen willkürlich; hier wie überall sind die Begriffe nicht von selbst gegeben und jede scharfe Linie wird erst vom Menschen in die Dinge hineingetragen. In den verschiedenen Normenarten gibt es Unterarten, die den Übergang von der einen zur andern Gruppe bilden, und bei so mancher Erscheinung ist es kaum bestimmt zu entscheiden, zu welcher Gruppe sie gehört.

So schwierig es aber auch ist, wissenschaftlich die Grenze zwischen der Rechtsnorm und andern Arten der Norm zu ziehen, praktisch besteht diese Schwierigkeit nur selten. Im allgemeinen wird es jeder ohne Zögern sofort von einer Norm zu sagen imstande sein, ob sie eine Rechtsnorm ist oder dem Gebiete der Religion, der Sitte, der Sittlichkeit, des Anstandes, des Taktes, der Mode oder des guten Tones angehört. Diese Tatsache muß den Ausgangspunkt der Betrachtung bilden. Die Frage nach dem Gegensatz der Rechtsnorm und der außerrechtlichen Normen ist nicht eine Frage der Gesellschaftswissenschaft, sondern der gesellschaftlichen Psychologie. Die verschiedenen Arten von Normen lösen verschiedene Gefühlstöne aus, und wir antworten auf Übertretung verschiedener Normen nach ihrer Art mit verschiedenen Empfindungen. Man vergleiche das Gefühl der Empörung, das einem Rechtsbruch folgt, mit der Entrüstung gegenüber einer Verletzung des Sittengebotes, mit der Ärgernis aus Anlaß einer Unanständigkeit, mit der Mißbilligung der Taktlosigkeit, mit der Lächerlichkeit beim Verfehlen des guten Tones, und schließlich mit der kritischen Ablehnung, die die Modehelden denen angedeihen lassen, die sich nicht auf ihrer Höhe befinden. Der Rechtsnorm ist eigentümlich das Gefühl, für das schon die gemeinrechtlichen Juristen den so bezeichnenden Namen opinio necessitatis gefunden haben. Danach muß man die Rechtsnorm erkennen.

Sofort entsteht aber die Frage, wodurch die Verschiedenheit in den Gefühlstönen bei den einzelnen Normenarten veranlaßt werden? Wir finden, daß Normen anscheinend gleichen Inhalts zu verschiedenen Zeiten, in verschiedenen Ländern, in verschiedenen Klassen und Ständen offenbar verschiedenen Gruppen angehören, daß sie auch leicht aus einer Gruppe in die andere übergehen. Das Verbot der standeswidrigen Ehe war im Laufe der Jahrtausende eine Norm des Rechts, der Religion, der Sittlichkeit, der Sitte, des Anstandes, ist jetzt wohl zuweilen nur noch eine Norm des Taktes, des guten Tones oder gar der Mode. Es dürfte gegenwärtig, nach den Gefühlstönen zu urteilen, beim polnischen Adel auf der dort herrschenden Sittlichkeit, beim österreichischen auf den Anstandsbegriffen, beim französischen wohl nur noch auf seiner Auffassung vom guten Ton beruhen. Es herrscht

aber wohl auch in derselben Gegend zu derselben Zeit mit sehr abweichenden Wirkungen. Die Ehe des Bauernburschen mit seiner Magd mag in seinen Kreisen als Verstoß gegen die Sittlichkeit, die des Großkaufmanns mit seinem Dienstmädchen als eine Verletzung des guten Tones empfunden werden. Worauf ist das alles zurückzuführen? Wohl zunächst auf den verschiedenen Aufbau der betreffenden gesellschaftlichen Klassen untereinander und derselben Klassen zu andern Zeiten und in andern Ländern. Aber es liegt auch die Annahme nahe, daß bei einem abweichenden Aufbau der Gemeinschaft, für die eine Norm gilt, die Norm trotz ihres gleichen Wortlauts doch eine abweichende Aufgabe, daher auch einen abweichenden Inhalt haben dürfte.

Andererseits ist es leicht, sich zu überzeugen, daß eine Norm desselben Wortlauts zwar verschiedenen Gruppen angehören kann, daß sie aber dann auch einen verschiedenen Inhalt hat. Die Übereinstimmung im Wortlaut war daher nur äußerlich. Der Satz: Ehre Vater und Mutter kann als Gebot des Rechts, der Sittlichkeit, der Religion, der Sitte, des Anstandes, des Taktes, des guten Tones und der Mode gelten. Aber als Rechtsnorm gebietet er bestimmte Ehrenbezeugungen den Eltern gegenüber, als Norm der Sittlichkeit im allgemeinen ein ehrendes Verhalten. Die Religion, wenn sie nicht bloß das Sittengebot wiederholt, schreibt noch religiöse Pflichten gegen die Eltern vor, zumal Gebete für Vater und Mutter. Die Sitte verlangt, daß man Vater und Mutter die Ehrung zollt, die üblich ist in guten Familien. Als Norm des Anstandes verbietet sie durch unterlassene Zeichen der Ehrung das Ärgernis anderer zu erregen, als Norm des Taktes verpönt sie schon viel leichtere Verfehlungen, die bei den gerade Anwesenden eine unangenehme Empfindung auslösen. Der gute Ton bezieht sich nur auf das Verhalten gegen Vater und Mutter in Gesellschaft. Wäre ein ehrerbietiges Verhalten gegen Vater und Mutter in vornehmen Kreisen gerade modern, so würde ein Angehöriger dieser Kreise die Mode verletzen, wenn er sie außer acht ließe.

Jedenfalls darf man den Gegensatz von Recht und Sittlichkeit nicht, wie es gegenwärtig häufig geschieht, darauf abstellen, daß das Recht heteronom, die Sittlichkeit autonom, das Recht von außen auferlegt, die Sittlichkeit aus dem Innern geschöpft sei. Alle Normen als Regeln des Handelns — und nur als solche kommen sie hier in Betracht — sind autonom und heteronom zugleich. Sie sind heteronom, denn sie rühren immer von den Gemeinschaften her, sie sind autonom, denn sie beruhen auf der Gesinnung der einzelnen, die die Gemeinschaften ausmachen. Die Normen sind auch in dem Sinne autonom, daß das Befolgen der Normen nur dann als vollwertig gilt, wenn es

aus Überzeugung, auf Grund einer durch die Normen bereits gestalteten Gesinnung, geschieht. Das ist der richtige Kern der so häufig mißverstandenen Bierlingschen Anerkennungslehre. Eine Norm, sie mag eine Rechtsnorm oder eine Norm anderer Art sein, muß in dem Sinne anerkannt sein, daß sich die Menschen tatsächlich nach ihr richten; ein Recht oder eine Sittlichkeit, um die sich niemand kümmert, gleicht einer Mode, die niemand trägt. Nur darf das, was von der Regel des Handelns gesagt wird, nicht auf die Entscheidungsnorm bezogen werden; die Gerichte können jederzeit einen Rechtssatz hervorziehen und zur Grundlage ihrer Entscheidungen machen, der bis dahin jahrhundertelang geschlummert hatte. Und man darf auch diese Lehre nicht mit Bierling so auffassen, als ob es sich um die Anerkennung durch jeden einzelnen handeln würde. Die Normen wirken durch die gesellschaftliche Kraft, die die Anerkennung von Seiten eines gesellschaftlichen Verbandes ihnen verleiht, nicht durch die Anerkennung jedes einzelnen Teilnehmers des Verbandes. Auch der sittliche Anarchist wird sich, wenn er wohlberaten ist, den in der Gemeinschaft herrschenden Normen, vielleicht, wie es ja vorkommt, zähneknirschend und unter lauten Verwünschungen der gesellschaftlichen „Heuchelei“, aber doch im eigenen Interesse fügen; schon weil er auf die Vorteile, die das ihm gewährt, nicht verzichten, weil er die Nachteile einer Auflehnung vermeiden will.

Mit einer kurzen einfachen Formel, „worin der Unterschied von Recht und Sittlichkeit bestehe“, wie sie in der Art der bisherigen Jurisprudenz lag, wird daher die soziologische Rechtswissenschaft nicht dienen können. Nur eine sehr eingehende Prüfung der psychischen und gesellschaftlichen Tatsachen, die ja vorläufig nicht einmal gesammelt worden sind, wird in diese schwierige Frage Klarheit bringen. Bei aller durch diesen Stand der Wissenschaft gebotenen Vorsicht wird es doch vielleicht gestattet sein, jetzt schon folgende Wesensmerkmale des Rechts anzunehmen. Die Rechtsnorm regelt wenigstens nach der Empfindung der Gruppe, von der sie ausgeht, eine Sache von großer Wichtigkeit, von grundlegender Bedeutung. Die einzelne durch den Rechtssatz bestimmte Handlung mag immerhin nicht sehr schwer in die Wagschale fallen, wie etwa bei den Vorschriften der Nahrungsmittel- oder Feuerpolizei oder bei den Tierseuchengesetzen, man denke aber stets daran, was deren Verletzung als Massenerscheinung bedeuten würde. Nur Gegenstände von minderer Wichtigkeit werden andern gesellschaftlichen Normen überlassen. Daher gilt der Satz: Ehre Vater und Mutter, nur dort als Rechtssatz, wo die staatliche und gesellschaftliche Ordnung überwiegend auf der Familienordnung beruht. Eine Gemeinschaft, die Gott in unmittelbare Beziehung zu ihren Verhältnissen bringt, wird geneigt

sein, religiöse Gebote zu Rechtsnormen zu erheben. Andererseits ist die Rechtsnorm im Gegensatze zu den andern Normen stets in klaren, bestimmten Worten ausdrückbar. Sie gibt dadurch den Verbänden, die auf der Rechtsnorm beruhen, ihre Festigkeit. Verbände, die sich nicht auf Rechtsnormen aufbauen, etwa politische Parteien, religiöse Richtungen, verwandtschaftliche Gruppen, gesellschaftliche Beziehungen, haben daher immer etwas Loses, Lockeres, bis sie die Rechtsform annehmen. Auch Normen der Sittlichkeit, der Sitte und des Anstandes werden oft zu Rechtsnormen, sobald sie aus ihrer Allgemeinheit heraustreten und in klare Worte gefaßt, für die rechtliche Ordnung der Gesellschaft grundsätzliche Bedeutung erhalten. Auf diesem Wege wurde ihnen von den römischen Prudentes und vom Praetor vielfach Eingang ins Recht verschafft, auf diesem Wege ist in England die equity entstanden, gegenwärtig ein ebenso ausgebautes Rechtssystem, wie das common law. Daher ist es wohl auch möglich, daß sich die sittliche Vorschrift der guten Treue in Vertragsverhältnissen, mit der Zeit zu einer Reihe bestimmter und klarer Rechtssätze verdichtet.

Wenn man daher von der Heteronomie des Rechts und der Autonomie der Sittlichkeit spricht, so liegt dem allerdings eine richtige Beobachtung zugrunde; nur handelt es sich dabei nicht um ein Wesensmerkmal, sondern um Gradunterschiede. Beim Rechte formuliert die Gesellschaft eben viel mehr als bei der Sittlichkeit und andern außerrechtlichen Normen; sie will schon mit Rücksicht auf die Wichtigkeit, die sie dem Rechte beimißt, nicht bloß eine allgemein lautende Weisung, sondern eine ins einzelne gehende Bestimmung geben. Aus der Fassung der Rechtsnorm sollte jeder leicht entnehmen können, wie er sich im einzelnen Falle verhalten solle, dagegen sind die allgemein lautenden außerrechtlichen Normen kaum mehr als eine Richtschnur; die Regeln des Verhaltens muß man sich in jedem einzelnen Falle auf dieser Grundlage selbst bilden. Daher kommt es bei ihnen in der Tat weit mehr auf die innere Gesinnung an, als beim Rechte. Auch ein Mensch ohne Rechtsgefühl weiß, wie er seine staatsbürgerlichen Pflichten ausüben, daß er Verträge erfüllen, fremdes Eigentum achten muß; aber um sich sittlich, religiös, der Sitte entsprechend, anständig, taktvoll, manierlich, modern zu benehmen, dazu gehört ein Gefühl für Sittlichkeit, Religion, Sitte, Anstand, Takt, guten Ton und Mode: nur aus diesem Gefühl heraus wird man das Richtige treffen. Aus diesem Grunde liegt der Schwerpunkt bei den außerrechtlichen Normen in der Tat weit mehr in unserm Innern als beim Rechte.

Nach diesen Kennzeichen dürfte es immerhin möglich sein, die Rechtsnorm etwas genauer zu bestimmen. Rechtsnormen sind die

aus den Tatsachen des Rechts fließenden Normen: aus den Übungen, die in den gesellschaftlichen Verbänden jedem einzelnen ihrer Angehörigen seine Stellung und seine Aufgabe anweisen, aus den Herrschaften, Besitzverhältnissen, Satzungen, Verträgen, letztwilligen Anordnungen und andern Arten der Verfügung; Rechtsnormen sind ferner die, die sich aus den Rechtssätzen des staatlichen und Juristenrechts ergeben. Nur bei diesen Normen findet sich die opinio necessitatis, andere Rechtsnormen gibt es daher wohl nicht. Aber dieser Satz darf nicht umgekehrt werden: nicht alle Normen, die auf diese Weise entstehen und gelten, sind Rechtsnormen. Vor allem enthalten Rechtssätze vieles, was überhaupt nicht Norm, sondern „unverbindlicher Gesetzesinhalt" ist. Dann fließen sowohl aus Rechtssätzen als auch aus Tatsachen des Rechts Normen, die dem Rechte nicht angehören, sondern der Sittlichkeit, der Sitte (Kleiderordnungen!), der Ehre (mittelbarer Duellzwang bei Offizieren). Es sind ja sogar religiöse Dogmen gesetzlich festgelegt worden. Eine positive Abgrenzung der Rechtsnorm von andern Normen ist daher durch diese Kennzeichen nicht gegeben. Sie würde wohl vor allem eine eingehende Untersuchung der Natur der Normen nichtrechtlicher Art voraussetzen.

Ob wir eine gesellschaftlich geltende, wider ein staatliches Verbot verstoßende Norm als Rechtsnorm im soziologischen Sinne betrachten können, ist eine Art gesellschaftlicher Machtfrage. Es kommt darauf an, ob sie in der Gesellschaft die Gefühlstöne auslöst, die der Rechtsnorm eigentümlich sind, die opinio necessitatis der gemeinrechtlichen Juristen. Gerade in diese Frage hat aber bereits die gemeinrechtliche Jurisprudenz in der Lehre vom sogenannten derogierenden Gewohnheitsrechte der Soziologie des Rechts in dankenswerter Weise vorgearbeitet, sie hat die Möglichkeit eines Absterbens der Rechtssätze, die dem Rechtsbewußtsein widersprechen, angenommen und bewiesen. Das Schicksal vieler Strafbestimmungen der Carolina[1], die von Adickes angeführte Preußische Kabinetsordre, die das unmittelbare Anbringen von Bittschriften beim König unter Todesstrafe stellt, die österreichische Ministerialverordnung, die den Besitz und das Ansichbringen von Geldzeichen der revolutionären Propaganda, Mazzinidukaten, Kossuthdollarnoten, die man jetzt in Wien in den Kuriositätengeschäften kaufen kann, als Hochverrat bestimmt, mögen als Beispiele dienen. Im allgemeinen wird aber ein gegen ein staatliches Verbot eingegangenes Verhältnis, ein verbotener Verein oder Vertrag, eine verbotene Ehe, eine verbotene letztwillige Zuwendung, eine verbotene Gesellschaft kaum als Rechtseinrichtungen betrachtet werden: auch der Duellzwang gilt, selbst bei Offizieren, nicht als eine solche. Anders wenn sich ein vom Staate nicht verbotenes, sondern

bloß als unwirksam behandeltes Geschäft in der Gesellschaft allgemein verbreitet, etwa die kirchliche Ehe, die außerbücherliche Übertragung von Grundstücken, das Treuhandgeschäft als vor Gericht unwirksame Form letztwilliger Verfügung. Diese können sich leicht, wie die Erfahrung zeigt, Anerkennung durch die Gesellschaft als Rechtseinrichtungen und zuweilen auch mit der Zeit durch Gerichte und den Staat erzwingen.

VIII.

Die Bildung des Rechtssatzes.

In die Form des Rechtssatzes, zumal in die Form eines Gesetzes kann der verschiedenste Inhalt gekleidet werden. Es gibt daher Rechtssätze ohne jeden normativen Inhalt, mit unverbindlichem Gesetzesinhalt, Gesetze im formellen Sinne. Es gibt auch Rechtssätze die keine Rechtsnormen geben, sondern gesellschaftliche Normen anderer Art. Weder von den einen noch von den andern soll hier die Rede sein, sondern nur von Rechtssätzen, die Rechtsnormen enthalten. Diese haben den Zweck, entweder als Grundlage für die Entscheidungen der Gerichte oder für unmittelbare behördliche Eingriffe zu dienen.

Jeder Rechtssatz, der den Entscheidungen der Gerichte die Grundlage abgeben soll, ist selbst eine Entscheidungsnorm, in Worte gefaßt und in autoritativer Weise verkündet, mit dem Anspruche auf Allgemeingültigkeit, aber ohne Beziehung auf den Rechtsfall, der sie veranlaßt haben mag. Die herrschende Jurisprudenz betrachtet das richterliche Urteil als einen logischen Schluß, bei dem ein Rechtssatz den Obersatz, der Streitfall den Untersatz, der Urteilsspruch die Schlußfolgerung bildet. Das würde voraussetzen, daß jedem Urteil auch zeitlich ein Rechtssatz vorausgehen müsse. Historisch ist das ganz gewiß unrichtig. Der Richter in den Anfängen der Entwicklung der Gerichtsbarkeit, der dem Kläger eine Buße zuspricht, hat nur ein bestimmtes, konkretes Herrschafts- oder Besitzverhältnis, eine Übung oder Vertrag und deren Verletzung durch den Beklagten festgestellt und darauf die Norm über die Buße frei gefunden: seine Entscheidungsnorm beruht daher nicht auf einem Rechtssatze. Vielleicht keimt in jeder solcher Entscheidung schon der Gedanke, daß bei derselben oder ähnlicher Sachlage ebenso oder ähnlich zu entscheiden ist, aber dieser Keim liegt noch tief unter der Schwelle seines Bewußtseins begraben. Wir unterschieben dem Richter der Urzeit unsere eigene Auffassung, wenn wir annehmen, er habe nur deshalb Besitz oder Vertrag geschützt, weil er einen Rechtssatz angenommen habe, daß Besitz oder Vertrag rechtlich geschützt werden müßten: er denkt nur an das Konkrete, nicht an das Abstrakte. Der Rechtshistoriker, der aus solchen Sprüchen das Recht vergangener Zeiten zu entnehmen sucht,

kann aus ihnen bestenfalls das Allgemeinübliche oder Allgemeinverbreitete, nicht das Allgemeingültige herauslesen. Trotz des Mangels an Rechtssätzen war jedoch die Entscheidungsnorm nicht willkürlich. Der Richter entnahm sie immer den von ihm (aus eigener Kenntnis oder durch Beweise) festgestellten Tatsachen des Rechts, also den Übungen, Herrschafts- und Besitzverhältnissen, Willenserklärungen, insbesondere den Verträgen. Mit den Tatsachen war also auch die Norm gegeben, die Tatfrage war von der Rechtsfrage gar nicht zu trennen.

Die Sache liegt aber auch heute noch nicht anders, wenn für den Fall, der entschieden werden soll, kein Rechtssatz vorhanden ist. Dem Richter bleibt dann nichts übrig, als die Übungen, die Herrschafts- oder Rechtsverhältnisse, den Vertrag, die Satzung, die letztwillige Anordnung, festzustellen, um die es sich im Rechtsstreite handelt, und darauf selbständig eine Entscheidungsnorm zu finden. Weder die Feststellung dieser Tatsachen, noch das freie Finden einer Entscheidungsnorm erscheint als Unterordnung des Streitfalles unter einen Besitzsatz. Alles Herumkonstruieren, alles künstliche Zusammenklauben von Paragraphen kann nur den befangenen Sinn über die Wahrheit hinwegtäuschen, daß eine Entscheidung nach einem Rechtssatze nur dann möglich ist, wenn ein Rechtssatz bereits vorhanden ist.

Nach der juristischen Terminologie liegt hier allerdings eine Entscheidung über eine Tatfrage, nicht über eine Rechtsfrage vor. Aber das richterliche Urteil ist doch nicht bloß auf Grund der festgestellten Tatsachen, sondern auch auf Grund einer Entscheidungsnorm erflossen, die aus den Tatsachen vom Richter gezogen worden ist. Diese Entscheidungsnorm ist zwar noch nicht ein Rechtssatz, denn es fehlt ihr die wörtliche Fassung, der Anspruch auf Allgemeingültigkeit, die autoritative Verkündigung, aber sie ist doch ein Stück des geltenden Rechts, da sonst der Richter offenbar nicht befugt wäre, darnach den Rechtsstreit zu entscheiden. Die Tatfrage ist daher auch in diesem Falle von der Rechtsfrage gar nicht zu trennen.

Aber selbst wo ein Rechtssatz bereits vorhanden ist, der den zur Entscheidung vorliegenden Fall umfaßt, ergibt der Rechtssatz noch nicht ohne weiteres die Entscheidung. Der Rechtssatz lautet immer allgemein, er kann nie so konkret sein, wie der Fall selbst. Er mag noch so genau bestimmen, was Zubehör ist, es muß doch immer erst entschieden werden, ob der Gegenstand, um den sich der Streit dreht, unter diese Begriffsbestimmung des Zubehörs fällt. Auch hier muß der Richter zunächst Tatsachen feststellen, auch hier muß er selbständig erkennen, ob die festgestellten Tatsachen der im Rechtssatze enthaltenen Begriffsbestimmung des Zubehörs entsprechen. Der Richter

mag diese Frage bejahen oder verneinen, es erfolgt das Urteil immer auf Grund einer von ihm selbständig gefundenen Entscheidungsnorm, die dahin geht, der Gegenstand sei Zubehör oder sei nicht Zubehör. Diese Entscheidungsnorm ist von der im Rechtssatze enthaltenen selbst dann verschieden, wenn sie nur den Rechtssatz konkretisiert; denn die Frage, was Zubehör ist, ist immer verschieden von der Frage, ob ein bestimmter Gegenstand Zubehör sei. Die herrschende Jurisprudenz nimmt in einem solchen Falle im allgemeinen eine Entscheidung über eine Rechtsfrage an; nur wenn die Unterordnung unter den Rechtssatz unbestritten ist oder unbestreitbar scheint, spricht man von einer Tatfrage. Es ist aber klar, daß die Tatfrage, die festgestellten Tatsachen, von der Rechtsfrage, der soeben vom Richter gefundenen Entscheidungsnorm, daß der Rechtssatz anwendbar sei, hier ebensowenig zu trennen ist, wie in den frühern Fällen. Zwischen den Rechtssatz, der die allgemeine Entscheidungsnorm enthält, und die richterliche Tatsachenfeststellung schiebt sich die konkrete Entscheidungsnorm ein, die der Richter aus den Tatsachen abgeleitet hatte.

Der Richter muß daher immer selbst eine Entscheidungsnorm finden, ob er ohne Rechtssatz oder auf Grund eines Rechtssatzes entscheidet; nur wird im zweiten Falle die richterliche Entscheidungsnorm von der im Rechtssatze enthaltenen bestimmt, im ersten Falle wird sie dagegen ganz frei gefunden. Die richterliche Entscheidungsnorm wird durch die des Rechtssatzes um so genauer bestimmt, je konkreter der Rechtssatz ist, sie ist um so selbständiger, freier gefunden, je allgemeiner der Rechtssatz lautet. Es gibt aber Rechtssätze, die dem Richter eine fast unbegrenzte Freiheit lassen. Im Privatrechte sind von dieser Art etwa die Rechtssätze über den Mißbrauch eines Rechts, über grobes und leichtes Verschulden, über Treu und Glauben, über ungerechtfertigte Bereicherung, und auch im Strafrechte und Verwaltungsrechte spielen sie eine große Rolle. Der Rechtssatz enthält also zwar scheinbar eine Entscheidungsnorm, er ist aber tatsächlich doch nur eine Weisung an den Richter, selbständig eine Entscheidungsnorm zu finden. Die Sache verhält sich so, wie wenn der Rechtssatz die Entscheidung ganz dem freien richterlichen Ermessen überließe. Diese Fälle gehören nur scheinbar zur zweiten Gruppe, in Wirklichkeit aber zur ersten, wo der Richter frei die Entscheidung findet. Es ergibt sich daraus, daß zwischen der Entscheidung nach Rechtssatz und ohne Rechtssatz nur Gradunterschiede bestehen. Ganz gebunden, willenlos dem Rechtssatz ausgeliefert ist der Richter nie, und je allgemeiner der Rechtssatz lautet, um so mehr Freiheit bleibt offenbar dem Richter.

Jede Entscheidungsnorm enthält schon den Keim eines Rechtssatzes. Auf das in ihr enthaltene Grundsätzliche zurückgeführt, in

Worte gefaßt, mit dem Anspruch auf Allgemeingültigkeit autoritativ verkündet, wird die Entscheidungsnorm zum Rechtssatz. Das gilt auch dann, wenn sie nur den bereits in einem Rechtssatze enthaltenen Begriff konkretisiert. Hat sie etwa ausgesprochen, ein bestimmter Gegenstand falle unter den gesetzlichen Begriff des Zubehörs, so keimt darin schon der Rechtssatz, Gegenstände dieser Art seien immer Zubehör. Die meisten Rechtssätze sind, historisch genommen, aus Entscheidungsnormen entstanden. Bei dem überwiegenden Teil unserer Gesetzbücher können wir es geradezu nachweisen, wie die Rechtssätze aus den im corpus iuris enthaltenen Entscheidungen gezogen sind; und wo das corpus iuris selbst nicht mehr Entscheidungen, sondern Rechtssätze gibt, sind diese gewiß mit sehr seltenen Ausnahmen aus Entscheidungsnormen entstanden, die zum ersten Male von einem Juristen aus Anlaß eines ihm zur Entscheidung vorliegenden Streitfalles ausgesprochen wurden.

Es mag vorkommen, daß einzelne Rechtssätze von den Juristen ohne Rücksicht auf eine bestimmte Entscheidung ausgedacht worden sind. Das ist etwa beim Erbschatz des preußischen Landrechts so gewesen, da nach glaubwürdigen Berichten zuvor, und übrigens auch nachher, ein Erbschatz nicht vorgekommen ist; so ist es auch bei den sogenannten Schulfällen. Aber da kann es sich doch im vorhinein nur um recht bedeutungslose Rechtssätze handeln. Auch dann kann man wohl davon sprechen, daß der Rechtssatz den Entscheidungsnormen des einzelnen Rechtsfalles vorausgeht, wenn das Gesetz eine Einrichtung regelt, um sie erst einzubürgern, zumal aus der Fremde herüberzunehmen, wie etwa das Gesetz über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder über das bäuerliche Höferecht in Österreich. Aber abgesehen von solchen Ausnahmen, geht das Konkrete hier, wie auch sonst in der Regel, dem Abstrakten voraus, die Entscheidungsnorm dem Rechtssatze.

Um aus den Entscheidungsnormen einen Rechtssatz zu formen, muß zu ihnen vor allem eine weitere geistige Arbeit hinzutreten, denn es muß aus ihr das Allgemeingültige herausgeschält und in einer angemessenen Weise ausgesprochen werden. Diese geistige Arbeit, wer immer sie leisten mag, ist Jurisprudenz. Die historische Juristenschule hat sich unendlich viel Mühe gegeben, um zu zeigen, wie unmittelbar im Volksbewußtsein „Gewohnheitsrecht", genauer gesprochen Rechtssätze des „Gewohnheitsrechts" entstehen. Es war vergebliche Mühe. Lambert hat überzeugend nachgewiesen, daß, abgesehen vielleicht von Rechtssprichwörtern, im Volksbewußtsein selbst keine Rechtssätze entstehen. Rechtssätze werden immer von Juristen gebildet, überwiegend auf Grund von Entscheidungsnormen in richterlichen Urteilen. Jurisprudenz treibt also der Richter, der etwa bei

der Begründung des Urteils die Entscheidungsnorm bereits so faßt, wie sie in künftigen Fällen verbinden soll. Richterliches Recht ist stets nur eine Abart des Juristenrechts. Jurisprudenz schafft der Schriftsteller und Lehrer, ein Eyke von Repgow oder ein Bratton, der aus den Richtersprüchen das Recht seiner Zeit zu ziehen sucht, aber selbst dann schon, wenn er als Herausgeber einer Spruchsammlung die Rechtssätze, die sich aus dem Richterspruche ergeben, als Überschrift anbringt, oder als Herausgeber eines Gesetzes bei den einzelnen Paragraphen anmerkt. Um so mehr ist es Jurisprudenz, wenn der juristische Schriftsteller oder Lehrer in seinen Werken oder beim Unterricht die Rechtssätze vorträgt, die nach seiner Überzeugung für die von ihm behandelten Fälle gelten sollen. Mit Jurisprudenz befaßt sich schließlich auch der Gesetzgeber, der die Entscheidungsnormen als Rechtssätze in gesetzliche Form gebracht hat, vorausgesetzt, daß sie nicht bloß staatliches Recht enthalten. Und jeder solche Rechtssatz, von wem immer er herrühren sollte, erhebt den Anspruch auf Allgemeingültigkeit. Das ist selbstverständlich: es hätte ja keinen Sinn, einen Rechtssatz niederzuschreiben, zu lehren oder als Gesetz kundzumachen, ohne die Absicht, daß er in allen Fällen, die er umfaßt, gelten solle. Allerdings hat nur der Gesetzgeber in der Regel die Macht, seinen Willen durchzusetzen. Beim Richter und Schriftsteller kommt es für den Erfolg der geistigen Arbeit vor allem auf den Wert der Leistung an. Ist der Rechtssatz gut und praktisch, dann hat er wohl meistens ebenso sehr Aussicht, anerkannt zu werden, wie ein guter und praktischer Gedanke auf jedem anderen Gebiete, wie etwa eine gute und praktische Erfindung. Die wenigen Worte des Pomponius über die disputatio fori veranschaulichen einen Vorgang, der geradezu als typisch betrachtet werden kann. Der Rechtssatz wird angenommen nicht ratione imperii, sondern imperio rationis.

Immerhin, auf allen Gebieten menschlicher Betätigung hängt, wie die tägliche Erfahrung zeigt, das Glück eines Gedankens nicht bloß von seinem inneren Werte, sondern auch von äußeren Umständen ab, zumal vom Gewicht, das dem Worte dessen, der den Gedanken ausgesprochen hat, allgemein beigelegt wird. Dieses Gewicht steigt beim Rechtssatz sehr oft mit der Macht im Staate, mit der Stellung, mit dem persönlichen Ansehen des Urhebers des Rechtssatzes. In einzelnen Ländern hat sich in dieser Beziehung eine Übung ausgebildet, zuweilen eine recht feste, gewöhnlich eine ziemlich schwankende. Diese Seite der Frage wurde von Lambert in seinem Werke: La function du droit civil comparé mit einer bewunderungswürdigen Kenntnis der Literatur sehr eingehend dargestellt; für die Römer geschah es in meinen Beiträgen zur Theorie der Rechtsquellen. Unter verschiedenen Namen und unter sehr verschiedenen Begleitumständen

sind vier Arten von Persönlichkeiten in der Geschichte hervorgetreten: der Richter, der juristische Schriftsteller und Lehrer, der Gesetzgeber, der vom Staate damit betraute Beamte. Damit aus der Entscheidungsnorm ein Rechtssatz wird, muß sie daher stets durch die Jurisprudenz hindurchgehen, die richterliche, die schriftstellerische, die gesetzgeberische oder die amtliche.

Die herrschende Lehre auf dem Festlande bestreitet allerdings dem Richter, und dem juristischen Schriftsteller wenigstens für unsere Zeit das Recht, einen Rechtssatz ins Leben zu rufen, nur unmittelbar im Volksbewußtsein, als Gewohnheitsrecht, und im Gesetze könne neues Recht entstehen. Der Richter habe bloß das so entstandene Recht anzuwenden. Die gerichtlichen Entscheidungen wären daher nichts als juristische Literatur, eine Auslegung des bereits vorhandenen Rechts, wo sie darüber hinausgehen, seien sie zu verwerfen. So hat auch in der Tat die gemeinrechtliche Jurisprudenz der historischen Schule ganz folgerichtig die Rechtsprechung behandelt. Ihre älteren Vertreter, Savigny, Puchta, Vangerow und noch Brinz, kümmerten sich gar nicht darum, die jüngeren, zumal Windscheid, prüften meist nur, ob die Urteile mit dem Rechte des corpus iuris im Einklange stehen und welcher in der Literatur vertretenen Ansicht sie sich angeschlossen haben. Daneben betrachteten sie sie höchstens noch als Zeugnisse des Gewohnheitsrechts. Selbst Seufferts Archiv in seinen ersten Bänden druckt aus den Urteilen überwiegend die literarischen Ausführungen ab. Und doch war das immer nur Theorie: in Wirklichkeit hatte man stets das Gefühl, daß Richtersprüche mehr und anderes seien als Literatur. Man verlangte doch von der Rechtspflege Stetigkeit, ein Verlangen, das vom Standpunkte der herrschenden Jurisprudenz ganz unverständlich ist. Wenn der Richter nur dem Gesetze oder Gewohnheitsrechte folgen soll, so kann er doch nicht gleichzeitig Grundsätze befolgen, die nicht das Gesetz oder Gewohnheitsrecht, sondern ein anderer Richter festgelegt hat. Wird vom Richter verlangt, daß er von frühern Entscheidungen nicht abweiche, damit die Rechtsprechung stetig sei, dann sind die Entscheidungen doch mehr als Literatur, mehr als unverbindliche literarische Ansichten über die Auslegung eines Gesetzes oder die Konstruktion eines Rechtsfalles, sie sind richterliches Recht.

Etwas anderes gilt vom wissenschaftlichen Recht. Daß die Wissenschaft nur das Seiende erkennen, nicht ein Sollen anordnen kann, daß sie daher keine Normen schafft, sondern nur erforscht, darstellt und lehrt, das ist eine Binsenwahrheit. Die Frage nach der schöpferischen Jurisprudenz muß daher ganz anders gestellt werden, als es gewöhnlich geschieht; nicht darum handelt es sich, ob durch Erkenntnis des Rechts neues Recht entstehe, sondern ob der Jurist

als Kenner des Rechts den Anspruch erhebt, neues Recht setzen zu dürfen. Die Antwort kann selbstverständlich nur historisch gegeben werden, und sie wird überall dort bejahend ausfallen, wo die Jurisprudenz sich nicht darauf beschränken will, das, was anerkannt Rechtens ist, möglichst getreu und unbefangen darzustellen, sondern darüber hinaus für Fälle, für die sich in den anderen Rechtsquellen keine Entscheidungsnormen finden, selbständig welche festzustellen bestrebt ist, die für den Richter maßgebend sind. Eine solche Jurisprudenz, die immer schöpferisch ist, auch wenn sie sich dessen nicht bewußt wäre, ist die der Römer gewesen; in allen Ländern des gemeinen Rechts kam sie mit der Aufnahme des römischen Rechts auf. Noch in ihrer letzten, allerdings auf Deutschland beschränkten Blüte hat die gemeinrechtliche Jurisprudenz eine Fülle neuen Rechtsstoffs gezeugt, von der das deutsche bürgerliche Gesetzbuch annähernd eine Vorstellung gibt. Es ist sonderbar, daß sich bisher noch niemand die dankbare Mühe genommen hat, den Inhalt des Gesetzbuches historisch zu sichten und den Anteil der gemeinrechtlichen Jurisprudenz daran darzulegen. Von dieser Art dürfte, wie Lambert zeigt, auch die Jurisprudenz der Orientalen (die islamitische, indische) und wenigstens die ältere der Skandinavier sein (der Rechtsprecher); ausschließlich empfangend und darstellend ist sie ja überhaupt selten, in der Hauptsache, soviel ich sehe, ist sie es nur bei den heutigen Engländern, weniger, wie es scheint, schon bei den Amerikanern.

Im einzelnen herrschen allerdings große Verschiedenheiten. Es ist selbstverständlich, daß die Bedeutung der Wissenschaft im umgekehrten Verhältnis zu der des Gesetzes und der des Richters steht; je höher die Stellung des Richters ist, um so eifersüchtiger wacht er über seine Selbständigkeit, je allmächtiger und umfassender die Gesetzgebung ist, um so weniger Raum will sie den Juristen lassen. Daher geht die Jurisprudenz immer mit der Kodifikation zurück und erwacht erst zum neuen Leben, wenn deren Mängel und Lücken zum Bewußtsein kommen. Der Jurist sucht auf den Richter zu wirken als Gutachter, als Lehrer und Schriftsteller, und als Kritiker richterlicher Entscheidungen; er findet entweder Entscheidungsnormen für den einzelnen Fall oder sucht allgemeine Grundsätze nach der Methode der historisch gegebenen juristischen Technik aufzustellen, die dem Richter im einzelnen Falle zur Richtschnur dienen sollen. Alle diese Formen kommen in der Geschichte vor. In Rom beruhte der Einfluß zuerst wohl nur auf der Tätigkeit der Juristen als Gutachter über einzelne Fälle, dann auch als Rechtslehrer; in der späteren Kaiserzeit überwiegend auf ihren schriftstellerischen Werken. Die Bedeutung der gemeinrechtlichen Jurisprudenz bestand zumeist im

schriftstellerischen Herausarbeiten des Grundsätzlichen, das den Richter dann bei der Einzelentscheidung zu leiten hatte. In der neuesten Zeit gewannen in Frankreich die Juristen wieder festen Boden als Kritiker, durch die Anmerkungen, mit denen sie die richterlichen Erkenntnisse in den großen Spruchsammlungen versehen. Diese Kritiker, die Arrêtisten, haben das Studium der französischen Rechtsprechung zu ihrer Lebensaufgabe gemacht; in den Anmerkungen suchen sie, neben einer eingehenden wissenschaftlichen Kritik auch eine Geschichte der Rechtsprechung über die Frage zu geben, mit der sich der Richterspruch befaßt. Der Begründer dieser Richtung ist Labbé, weiland Professor des römischen Rechts an der Universität Paris. Eine höchst anziehende Geschichte der Arrêtisten gibt Meynial im Livre de Centenaire du Code civil.

Wo wissenschaftliches oder richterliches Recht vorherrscht, müssen selbstverständlich auch herkömmliche oder festgelegte Regeln gelten über die Wertung der richterlichen und wissenschaftlichen Entscheidungen. Die Meinung kann selbstverständlich nie die gewesen sein, daß allgemein jeder Richterspruch und jede Ansicht eines Juristen schon als solche verbindlich wäre. Beim richterlichen Recht ist wohl in der Regel die amtliche Stellung des Richters maßgebend, beim wissenschaftlichen fehlt es oft an jedem äußeren Kennzeichen, es kommt auf den Wert der Leistung, oder, was allerdings mit dem Wert häufig nichts zu tun hat, auf den Ruf des Urhebers an. Das, was Pomponius im Enchiridion berichtet, gewährt einen Einblick in die Art, wie es ein Jurist in der republikanischen Zeit zu dem für einen conditor juris erforderlichen Ansehen brachte, bis die Sache unter den Kaisern geregelt worden ist. In England gibt es eine feste Ordnung für die Verbindlichkeit der richterlichen Entscheidungen. Im allgemeinen geht die Entscheidung des höheren Gerichts der des niederen vor, aber die „great judges“ von historischem Namen werden doch mit unvergleichlich größerer Ehrfurcht angeführt, als die vielen anderen.

Für den Richter und den juristischen Schriftsteller gibt es eine unüberschreitbare Schranke: ihre Entscheidungen müssen mit den Grundsätzen des geltenden Rechts und der juristischen Wissenschaft im Einklange stehen. Ihre Aufgabe wird daher zuweilen (nicht immer!) so aufgefaßt, daß sie überhaupt nicht neues Recht festzustellen, sondern nur die bereits im Rechte vorhandene Gerechtigkeit aufzudecken haben. So dehnbar und nachgiebig diese Schranke auch scheinen mag, so darf sie doch nicht übersehen werden; denn auch sie ist, ebenso wie die Schranke des Gesetzes, Ausdruck des starken Gefühls, daß Richter und Jurist wohl berufen sind, auf den Grundlagen der bestehenden rechtlichen Ord-

nung fortzubauen, nicht aber sie zu erschüttern oder durch eine andere zu ersetzen. In der französischen Literatur findet sich oft die Bemerkung, der berühmte Art. 1382 C. c. würde genügen, um die soziale Frage zu lösen. Nun, die ungeheure Macht, die dieser Artikel dem französischen Richter in die Hand gab, wurde von ihm benützt, um ein in seinen Grundlinien durchaus klares und folgerichtiges, im wesentlichen neues und doch wenigstens formell stets an das Gegebene anknüpfendes richterliches System des Schadenersatzrechts zu schaffen, aber es wurde nie der Versuch gemacht, auf diesem Wege die soziale Frage zu lösen oder sonst irgendeine grundstürzende Neuerung ins Recht einzuführen. Und man darf wohl ruhig sein, dieser Versuch wird nie gemacht werden. Er wird es aus dem Grunde nicht, aus dem bisher noch nie ein derartiger Versuch unter normalen Verhältnissen gemacht worden ist. Die Einführung des englischen Common law durch einen Richterspruch in Irland (case Gavelkind) wird heute noch als ein kühner Kosakenstreich hingestellt, aber da handelte es sich um ein durch Niederlagen zerschmettertes Volk, und es geschah im Auftrage des Siegers, den es übrigens seither oft genug gereut hat. Ein ähnlicher Versuch in Bengalen mißlang, die Richter und die Staatsgewalt mußten vor der allgemeinen Empörung zurückweichen. Die Macht des Richters reicht eben nicht hin, um die ungeheueren gesellschaftlichen Widerstände zu überwinden, die sich ihm entgegenstemmen würden bei dem Versuche, die Gesellschaft durch Richterspruch auf eine neue Grundlage zu stellen; und der Richter muß Weltkenntnis genug haben, um diese Widerstände und seine Macht richtig einzuschätzen. Der Richter hat allerdings schon oft im Dienste einer skrupellosen Staatsgewalt sich über Recht und Gesetz hinweggesetzt, er hat hie und da, auf das Gesetz gestützt, selbst einer starken Staatsgewalt zu trotzen verstanden, aber den Kampf gegen Staat, Gesellschaft und das hergebrachte Recht hat er noch nie gewagt. Noch weniger hat es je die Jurisprudenz mit ihren viel beschränkten Machtmitteln getan.

Sowohl richterliches als auch wissenschaftliches Recht unterliegt stets der Kritik, ob sie sich innerhalb ihrer Schranken bewegen, einer Kritik, die wohl so mancher Neuerung schon das Leben gekostet hat. So groß uns die Macht des römischen Juristen auch scheinen mag, sie hätte nicht genügt, um das prätorische Erbrecht oder die Fideikommisse, vielleicht nicht einmal um die actio de effusis et deiectis zu schaffen; und von dem englischen Richter sagt Pollock: Failing a specific rule already ascertained and fitting the case in hand, the kings judges must find and apply the most reasonable rule they can, so that it be not inconsistent with any established principle. Noch eingeengter ist in diesem

Augenblicke die Freiheit der festländischen Rechtspflege und Wissenschaft. So ist wissenschaftliches und richterliches Recht stets der Gefahr ausgesetzt, von dem Wust des Hergebrachten erdrückt zu werden. Der Gedanke einer Abhilfe durch die Gesetzgebung liegt dem Menschen auf tieferer Entwicklungsstufe keineswegs so nahe, wie dem heutigen. Die Gesetzgebungsmaschine arbeitet noch langsam und zaghaft, und die Vorstellung, daß sie an dem Gewohnheitsrecht etwas ändern könnte, ist lange nicht vorhanden; man vergleiche nur Gaius, wie behutsam er von den senatusconsulta und den leges der Kaiserzeit spricht, die sich mit dem alten ius civile in Widerspruch gesetzt haben.

Das dürften die historischen Voraussetzungen eines Amtsrechts sein. Es wird, wie das richterliche Recht, von solchen Personen, denen in der Rechtspflege Aufgaben zugewiesen sind, aus Anlaß der Erfüllung dieser Aufgaben festgesetzt; aber nicht auf Grund der gewöhnlichen richterlichen, sondern auf Grund darüber hinausgehender, vom Staate eingeräumter Befugnisse und Machtmittel. Als es galt, die Herrschaft erstarrter, veralteter Entscheidungsnormen zu brechen, griff zweimal ein staatlicher Beamter in diesem Sinne ein: in Rom hat der Prätor, in England der Kanzler seinen geschichtlichen Beruf erwiesen, indem er dem hergebrachten Rechte ein ganz neues Rechtssystem entgegengestellt hatte. Auf dem Festlande seit dem Mittelalter hat das Amtsrecht nicht mehr Boden zu fassen vermocht. Die königlichen Gerichte des fränkischen und deutschen Reiches haben es zu keiner stetigen Rechtsprechung gebracht, die Kapitularien der fränkischen Könige waren kein Amtsrecht, sondern ein Nachklingen der gesetzgebenden Gewalt der römischen Cäsaren. Sowohl in Rom als in England ist das Amtsrecht schließlich zu einem festen, ausgebauten System von Rechtsregeln geworden, das dem zu seiner Anwendung Berufenen nicht mehr Freiheit gewährt, als das übrige Recht.

Entscheidungsnormen in den Gesetzen sind Juristenrecht, wenn sie Ergebnis derselben Art geistiger Arbeit sind, wie die Entscheidungsnormen des richterlichen oder schriftstellerischen Juristenrechts. Es ist für die Natur eines Rechtssatzes offenbar ganz gleichgültig, ob er in den Gründen eines Urteils, in den Ausführungen eines Schriftstellers oder in den Paragraphen eines Gesetzbuchs enthalten ist, so wichtig das auch für die Wirkung sein mag. Ein großer Teil des Juristenrechts der Gesetze ist ohnehin bekanntlich dem bereits vorhandenen Juristenrecht entnommen. Hat aber der Gesetzgeber eine neue Entscheidungsnorm nicht vorgeschrieben, sondern nur festgestellt, so ist sie deswegen nicht weniger Juristenrecht, weil das, was in den Urteilsgründen oder in einer Abhandlung gesagt werden könnte, in einem Gesetze gesagt wird. Dieses gesetzliche Juristenrecht ist dabei

ebenso einer Ausweitung und Vertiefung fähig, wie das auf anderem Wege entstandene. Darauf beruht schließlich jede Aufnahme fremder Gesetze. Staatliches Recht kann gewiß auch von der Fremde herübergenommen werden, aber doch nur durch den Willen des Staates, also durch ein Gesetz, eine Verordnung oder eine andere Verfügung der Staatsgewalt. Es ist offenbar ganz ausgeschlossen, daß sich die allgemeine Wehrpflicht, die Einkommensteuer oder die Bestimmungen über den Ausnahmezustand in anderer Weise als durch eine Verfügung der Staatsgewalt aus einer fremden Gesetzgebung einbürgere. Juristenrecht aber, auch in der Form eines Gesetzes, wandert aus einem Land ins andere, wie eine wissenschaftliche Lehre oder praktische Erfindung. Es gelangt in die Literatur und durch diese oder auch unmittelbar in die Richtersprüche. Auch abgesehen von der Aufnahme des römischen Rechts fehlt es dafür nicht an Beispielen. Das österreichische bürgerliche Gesetzbuch gilt gegenwärtig tatsächlich in Ungarn, wird sogar in den juristischen Fakultäten vorgetragen, wenn es auch in den Urteilssprüchen nicht angeführt werden darf. Der Code civil ist in Rußland zur Anerkennung gelangt, das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch in der Schweiz und in Skandinavien, und gegenwärtig gewinnt in Skandinavien das deutsche bürgerliche Gesetzbuch an Boden.

Entscheidungsnormen in der Form des Gesetzes, sie mögen dem geltenden Juristenrecht entnommen oder erst vom Gesetzgeber festgestellt sein, haben unter allen Umständen etwas Bedenkliches. Es ist für den Gesetzgeber viel schwieriger, eine richtige allgemeine Regel zu formulieren, als für den Richter einen einzelnen Fall zu erledigen; und viel gefährlicher für ihn, ein unbedingt verbindliches Dogma ein für allemal festzulegen, als für den wissenschaftlich arbeitenden Juristen Lehrsätze auszusprechen, die fortwährender Überprüfung unterliegen. Die Entscheidungsnorm wird im Gesetz etwas anderes als sie zuvor war. Bis dahin nur eine Darstellung dessen, was richtig scheint, wird sie nun eine Vorschrift darüber, was sein soll. Sie verliert damit die Schmiegsamkeit, die sie befähigte, jeder besseren Erkenntnis und jeder Entwicklung zu folgen. Wie oft wurde schon eine juristische Lehre über Bord geworfen, von einer anderen abgelöst, obwohl sich unter dem Vorwand besserer Erkenntnis doch nur das Bedürfnis verborgen hatte, einer neuen Entwicklung Rechnung zu tragen. Was aber einer Lehre gegenüber ohne weiteres angeht, wäre einem Gesetz gegenüber gar nicht oder wenigstens nicht so leicht möglich. Der Gesetzgeber sollte daher nur dann das Leben in seinem Sinne formen und gestalten, wenn es ohne das nicht abgeht; wo er aber das Leben sich selbst überlassen kann, da möge er sich überflüssiger Eingriffe enthalten. Das war auch zweifellos der leitende, unaus-

gesprochene Gedanke des Kampfes, den Savigny gegen die Gesetzgebung, nicht nur, wie man jetzt oft fälschlich behauptet, gegen die Kodifikation zeitweilig geführt hat. Jedes überflüssige Gesetz ist ein schlechtes Gesetz.

Nichtsdestoweniger wäre es ein kindischer Gedanke, auf die Legalisierung des Juristenrechts ganz verzichten zu wollen. Das wissenschaftliche und richterliche Recht übertrifft das gesetzliche allerdings überall an Reichtum, Schmiegsamkeit und Beweglichkeit; aber auf höheren Entwicklungsstufen treten an die Menschheit eine Reihe von Aufgaben des Rechtslebens heran, die wenigstens bei der heutigen gesellschaftlichen Verfassung nur der Staat bewältigen kann.

Die Erfahrung von Jahrtausenden hat uns gezeigt, daß eine örtlich zersplitterte Bildung des Rechts nur bescheidenen örtlichen Bedürfnissen zu genügen vermag; ein großer Zug kommt in die Rechtsentwicklung erst, wenn sie sich auf großen Gebieten von einem einzigen Mittelpunkte aus vollzieht. Sie bedarf offenbar, um sich üppig entfalten zu können, einer Fülle von Anregungen, die nur die bunte Mannigfaltigkeit über ein weites Land verstreuter Rechtsbeziehungen bietet, und einen Mittelpunkt, wo sich alle diese Anregungen sammeln. Einen solchen kann ihr jedoch nur der Staat schaffen. Das setzt allerdings nicht eine durchgreifende Gesetzgebung voraus. Sie hat ja bei den beiden großartigsten Rechtssystemen im allgemeinen versagt. Das römische und das englische Recht sind das, was sie sind, nicht durch Gesetze geworden. In Rom arbeiteten daran die Juristen mit den ungeheueren geistigen Hilfsquellen eines unermeßlichen Reiches, in England die Richter, die in London Jahrhunderte hindurch für ein großes, wirtschaftlich entwickeltes, politisch vorgeschrittenes Land das Recht zu finden hatten: das common law ist im wesentlichen ein Werk der Londoner Gerichte. Nur das dritte Weltrechtssystem, das französische, schuldet seinen Erfolg überwiegend der Gesetzgebung. Es kann also ein hoch entwickeltes Recht wohl ohne staatliche Gesetzgebung, gewiß aber nicht ohne einen Staat entstehen. Wohl aber ist in der Regel das Gesetz unentbehrlich, um mit dem Veralteten im Recht gründlich aufzuräumen und notwendigen Neuerungen rasch Eingang zu verschaffen, da doch die Wissenschaft und die Rechtspflege in ihrer schöpferischen Wirksamkeit eine unüberwindliche Schranke darin finden, daß sie sich mit bereits festgelegtem Recht nicht in Widerspruch setzen dürfen. Abgesehen vom Amtsrecht, das bisher nur zweimal, und beidemal nur kurze Zeit sich frei entfaltet hatte, um bald selber zu erstarren, war es bisher stets das Gesetz, das der Rechtsentwicklung, sobald sie an einem toten Punkte angelangt ist, darüber hinaus helfen konnte. So kommt es, daß das Gesetz, in wirtschaftlich oder politisch bewegten Zeiten,

immer Wirkung und Ursache zugleich, als wichtigster Hebel des gesellschaftlichen Fortschritts gelten kann. Deswegen haben auch revolutionäre Parteien, die den Staat, von dem es ausgeht, heftig bekämpfen, noch oft genug nach gesetzlichen Eingriffen gerufen, während konservative Richtungen, die den Staat stützen, seinem Werk in der Stille mißtrauen. Aber auch in ruhigem Flusse der Ereignisse, wie oft hat sich das Gesetz als unentbehrliches Werkzeug erwiesen, um rückständige Einrichtungen zu beseitigen und berechtigte, nach Anerkennung ringende Interessen zur Geltung zu bringen.

Außer den Entscheidungsnormen des Juristenrechts enthalten neuere Gesetze auch Kautelarjurisprudenz, in der Form von sogenannten Reglementierungsbedingungen, zuweilen, wenigstens nach der Absicht des Gesetzgebers auch als nachgibiges Vertragsrecht, oder Vorschriften über den Inhalt der letztwilligen Erklärungen. Der Gesetzgeber ordnet das als ergänzendes Recht an, was nach seiner Ansicht der vorsichtige Urkundenverfasser in die Urkunde aufnehmen sollte. Diese Gesetze sind ebenfalls ihrem Wesen nach Juristenrecht. Sie enthalten daneben aber auch staatliches Recht: das sind etwa die Bestimmungen über die Eintragung in ein Register und die dabei zu übende Überwachung.

Das Amtsrecht ist gegenwärtig auch in England verstummt. Seit die Equity zu einem festen Rechtssystem ausgebildet wurde, enthalten die Entscheidungen der Chancery nur mehr richterliches Recht, nicht Amtsrecht. Mit dem gemeinen Recht ist das schriftstellerische Juristenrecht in Deutschland zurückgetreten: der Rechtslehrer beschränkt sich darauf, vorhandenes Recht zu lehren, und die Ausführungen in den literarischen Werken gelten nur noch als Anregungen für die Rechtsprechung und Gesetzgebung, nicht mehr als Rechtssätze. Juristenrecht blüht nur noch als richterliches und gesetzliches Recht.

Wie sich richterliches Recht zu dem in den Gesetzen enthaltenen Recht verhält, lehrt ein Blick in eine moderne Gesetzesausgabe, „mit Anmerkungen aus der Rechtsprechung“. Bei den einzelnen Bestimmungen des Gesetzes sind Rechtssätze angeführt, die aus den richterlichen Erkenntnissen gezogen sind. Angeblich wollen sie nur das, was das Gesetz vorschreibt, konkretisieren, in Wirklichkeit aber sind sie nach Inhalt und nach Zweck dem Juristenrecht des Gesetzes durchaus gleichwertig. Sie werden auch in der Tat erst in den Entscheidungen, die darin bezogen sind, konkretisiert. Wird das Gesetz umgefaßt, wie etwa das deutsche Handelsgesetzbuch, dann gehen sie nicht selten in den Inhalt des neuen Gesetzes ein. Zuweilen stimmen die Entscheidungen miteinander nicht überein. Das beweist aber nur, daß das Juristenrecht noch schwankt. Lauten sie aber gleich-

förmig, dann ist es nicht viel leichter, dagegen durchzudringen, als gegen den Wortlaut des Gesetzes.

Freilich wäre darnach für ganz frei gefundene Entscheidungen kein Raum. Aber eine genauere Prüfung der Anmerkungen zeigt, daß sie oft nur ganz äußerlich an die Vorschriften des Gesetzes anknüpfen, tatsächlich davon ganz unabhängig sind. Die französischen Ausgaben des Code civil führen allerdings die Entscheidungen über die ungerechtfertigte Bereicherung bei der Bestimmung über die Geschäftsführung ohne Auftrag an. Die französischen Juristen zweifeln aber nicht daran, daß sie damit nichts zu tun haben. Die Rechtsprechung hat hier also ganz selbständig das Juristenrecht der ungerechtfertigten Bereicherung geschaffen.

Dasselbe liegt auch dort vor, wo das Gesetz so allgemein lautet, daß es nur eine Anweisung an den Richter ist, selbst die Entscheidungsnorm zu finden. Dann bauen die aus diesen Entscheidungsnormen gebildeten Rechtssätze das Gesetz offenbar nicht mehr aus, sie bauen vielmehr neues Recht in das Gesetz hinein. Was nach deutschem Recht Rechtsmißbrauch ist, wann die Erfüllung der Verbindlichkeit wider Treu und Glauben verstößt, wann der Vertrag den guten Sitten widerspricht, wissen wir heute noch nicht, denn das deutsche bürgerliche Gesetzbuch bestimmt nichts darüber, wir werden es wohl erst in einem Jahrhundert aus den gerichtlichen Erkenntnissen genau erfahren. Und diese Erkenntnisse werden so wenig auf Grund des bürgerlichen Gesetzbuchs erflossen sein, daß der Richter eines jeden anderen Rechtsgebietes ihre Entscheidungsnormen ohne Bedenken wird verwerten dürfen, etwa für den Begriff eines unmoralischen Vertrages oder Rechtsmißbrauchs, wenn die eigenen Gesetze nichts Abweichendes bestimmen.

In meiner Schrift über die stillschweigende Willenserklärung habe ich dargetan, daß sie bei den Römern nur bedeutet hat: die in anderer Weise als durch Worte vorgenommene Erklärung und den durch Auslegung insbesondere auf Grund der Verkehrssitte gewonnenen Sinn der Erklärung. Die Rechtsprechung der deutschen, österreichischen und französischen Gerichte versteht darunter überdies: die Annahme eines Vertragsantrags durch Vollziehungs- oder Aneignungshandlungen; die Rechtsverbindlichkeit einer einseitig belastenden Erklärung, etwa der Verbürgung, Verpfändung, des Verzichts, ohne jede Annahme („stillschweigende Annahme"), das Erlöschen einer Verbindlichkeit durch langjährige Nichtausübung („stillschweigender Verzicht", eigentlich eine versteckte Verjährung), das Erlöschen des Rechts, ein Geschäft durch Genehmigung oder Bestätigung wirksam zu machen nach Ablauf einer längeren Frist („stillschweigender Verzicht", eigentlich eine versteckte Befristung), die

Geltung des Inhalts der Faktura wider den Empfänger, der sich dagegen nicht verwahrt hätte („stillschweigende Annahme"). Die „stillschweigende Übergabe" bei der societas omnium bonorum und der Früchte an den Pächter bedeutet, daß ausnahmsweise das Eigentum ohne Übergabe übergeht, also bloß auf Grund des Vertrags. Es ist unmöglich, in alle dem nur Konkretisierungen zu erblicken: das alles sind zweifellos eigentümliche, selbständige Rechtssätze des Juristenrechts, nur ganz äußerlich an die römischen Entscheidungsnormen über die stillschweigende Willenserklärung anknüpfend.

Die Grenze zwischen staatlichem Recht und Juristenrecht wird meist leicht zu bestimmen sein. Juristenrecht besteht zunächst in den von den Juristen durch Verallgemeinern gewonnenen Entscheidungsnormen. Das staatliche Recht besteht in den Befehlen des Staates an seine Behörden. Die Juristen können nicht befehlen, sie können nur Recht finden. Der Staat findet das Recht nicht, er kann nur befehlen. Eingriffsnormen sind daher immer staatliches Recht. Aber bei mancher gesetzlichen Entscheidungsnorm kann man im Zweifel sein, ob sie eine Erwägung des Juristenrechts enthält oder einen Befehl des Staates an den Richter, wie er den Streit entscheiden solle. Die Grundsätze des Gefahrübergangs beim Kaufe sind zweifellos Juristenrecht. Die Entscheidungsnormen des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs über die Voraussetzungen der Rechtsfähigkeit der Vereine sind zweifellos staatliches Recht. Aber dazwischen gibt es eine Menge von Grenzerscheinungen, bei denen es nicht im vorhinein klar ist, wohin sie zu zählen wären.

Es fehlt immerhin nicht an äußeren Kennzeichen. Der Jurist entnimmt sein Recht den gesellschaftlichen Verhältnissen, das Juristenrecht reicht daher nicht weiter, als die Verhältnisse, denen es entnommen ist. Jedes wahre Juristenrecht ist daher auf die Personen und die Sachen beschränkt, die zu den Verhältnissen gehören, für die der Jurist sein Recht gewonnen hat. Juristenrecht ist vom Grundsatze der Personalität beherrscht, wie es das ganze Recht war, als es noch nichts als Juristenrecht gab. Personal und real war das römische ius civile und die deutschen Volksrechte, so ist jetzt noch das mohammedanische Recht. Der Staat dagegen erläßt seine Gesetze für das Gebiet, jedes wahre staatliche Recht ist daher Gebietsrecht. Gebietsrecht waren daher die römischen leges, mit Ausnahme der leges de iure civili, und die fränkischen Kapitularien. Im modernen Rechte ist dieses Kennzeichen äußerlich verschwunden; prüft man aber die Grundsätze des internationalen Privatrechts, die seit der Statutentheorie bis Zitelmann irgendwie zur Herrschaft gelangt sind, so wird man finden, daß es sich trotzdem überall durchbricht. Was im modernen Rechte Juristenrecht ist, wirkt personal und real über das

Staatsgebiet hinaus, das staatliche Recht wirkt nur im Staatgebiet. Am schärfsten hat das die in den italienischen codice civile übergegangene nationale Theorie des internationalen Privatrechts gefaßt, der zufolge dem Staatsbürger sein Recht überallhin folgt, bis auf die staatliches Recht enthaltenden lois d'ordre public, die immer für das Gebiet gelten.

Auch an Kraft sind die beiden Arten von Rechtssätzen jedenfalls verschieden. Es handelt sich dabei nicht um den Gegensatz des zwingenden und nicht zwingenden Rechts, der, wie ich in meiner Schrift über das zwingende Recht ausgeführt habe, nur soweit einen Sinn hat, als er sich auf die Rechtsfolgen von Geschäften bezieht, die teils durch Parteiwillen ausgeschlossen werden können, teils unbedingt eintreten. In diesem Sinne gibt es auch zwingendes Juristenrecht, und staatliches Recht ist zuweilen, wenn auch selten, nicht zwingend. Aber gewisse Arten von Rechtssätzen: Auslegungsregeln, ergänzendes Recht gehören immer dem Juristenrecht an; dagegen kann nur staatliches Recht Vorteile gewähren, auf die der Begünstigte nicht verzichten kann, Nachteile androhen, die nicht nachgesehen werden dürfen. Andererseits hat staatliches Recht, wie das Beispiel des corpus iuris zeigt, eine viel geringere Widerstandskraft gegenüber veränderten Zeitläuften als Juristenrecht. Fast das ganze im corpus iuris enthaltene Juristenrecht ist ins gemeine Recht übergegangen, vom staatlichen Recht dagegen nur außerordentlich wenig.

Die Rechtssätze der staatlichen Rechtsbefehle an die Gerichte und Behörden beruhen stets auf dem Willen dessen, der die Gewalt über die Gerichte und Behörden hat; aber ihr Inhalt geht nicht immer von ihm aus. Die jetzt im Staatsrechte herrschende Unterscheidung zwischen Gesetzesbefehl und Gesetzesinhalt wird daher von einer richtigen soziologischen Einsicht eingegeben. Es hängt jedoch keineswegs von der Staatsverfassung ab, von wem der Gesetzesbefehl ausgehen muß, sondern davon, wem die militärischen und polizeilichen Machtmittel im Staate zur Verfügung stehen, und überdies, ob er die Möglichkeit hat, durch sie Gericht und Verwaltung zu leiten, ob es ihm gelingt, die Richter und Beamten zu veranlassen, seinen Befehlen zu folgen. Die Voraussetzung dafür ist in der Regel, daß er den Mittelpunkt der Rechtspflege und Verwaltung, zumeist die Reichshauptstadt, in Händen hat. Liegt das alles vor, dann ist gegen ihn auch der verfassungsmäßig zustande gekommene Gesetzesinhalt machtlos, und er kann staatliches Recht auch dann durchsetzen, wenn es nicht verfassungsmäßig ist. Ausschließlich auf dieser Gestaltung der Machtverhältnisse beruhte bekanntlich die Gesetzgebung der römischen Kaiser bis Diokletian: von mehreren Gegenkaisern hatte jeder in seinem Machtbereiche die Gesetzgebung. So konnte die

preußische Regierung die oktroyierte Verfassung schaffen, die russische das Wahlgesetz ändern, die dänische durch königliche Verordnungen eine Heeresreform durchführen. Die Verfassungsmäßigkeit der österreichischen sogenannten § 14 Verordnungen ist bekanntlich sehr bestritten, aber kaum von jemand deren Geltung bei der Natur des österreichischen Beamtentums und Richtertums. Die Macht dieser Tatsachen ist so überwältigend, daß selbst eine Regierung, die die Legalität einer vorausgehenden nicht zugibt, in der Regel die dazwischenliegende Gesetzgebung anerkennt, so die Stuarts die Gesetzgebung während der Usurpation, die Bourbonen die Gesetzgebung der französischen Revolution und des Kaisertums.

IX.

Der Aufbau des Rechtssatzes.

Der rechtlichen Ordnung der menschlichen Gesellschaft liegen unmittelbar nur die Tatsachen des Rechts zugrunde: die Übungen, die Herrschafts- und Besitzverhältnisse, die Willenserklärungen, zumal in ihren wichtigsten Formen, als Satzung, Vertrag und letztwillige Anordnung. Aus diesen Tatsachen ergeben sich die Regeln des Handelns, die das Verhalten des Menschen in der Gesellschaft bestimmen. Unmittelbar sind daher für die rechtliche Ordnung in der Gesellschaft nur diese Tatsachen, nicht die Rechtssätze maßgebend, nach denen die Gerichte entscheiden oder die staatlichen Behörden vorgehen. Aber die Rechtssätze werden doch insofern dafür von Bedeutung, als durch die Entscheidungen der Gerichte und die Maßregeln der Behörden auf die Tatsachen des Rechts eingewirkt und infolge dessen an den bisherigen Übungen, Herrschafts- und Besitzverhältnissen, Satzungen, Verträgen und letztwilligen Erklärungen geändert wird: die Entscheidungen der Gerichte und behördlichen Maßregeln, die durch die Rechtssätze veranlaßt werden, führen unter dieser Voraussetzung ihrerseits zu Normen für das Verhalten der Menschen in der Gesellschaft. Neue Tatsachen des Rechts können daher nicht nur, wie so oft in vergangenen Jahrhunderten, durch Gewalt, oder, wie zumeist in unserer Zeit, durch das stille unbemerkte Walten gesellschaftlicher Kräfte, also besonders durch neue Arten von Vergesellschaftungen, Verträgen, letztwilligen Erklärungen, begründet, sondern auch, wenigstens mittelbar, durch Rechtssätze veranlaßt werden. Es genügt aber dazu weder, daß der Rechtssatz formell in Geltung tritt, noch auch, daß er in einzelnen Fällen angewendet wird; denn eine vereinzelte Tatsache ist noch keine gesellschaftliche Tatsache. Es ist dazu notwendig, daß sich die Menschen in ihrem Handeln nach dem Rechtssatze richten. Ein Rechtssatz, der den Gerichten oder staatlichen Behörden ihr Vorgehen vorschreibt, enthält eine Rechtsnorm für die Gerichte oder Behörden schon dann, wenn diese ihn wirklich ausführen, er wird zu einer Regel des Handelns erst dadurch, daß sich danach die gesellschaftlichen Verhältnisse tatsächlich ordnen.

Die Rechtsnormen, die aus den Rechtssätzen folgen, beziehen sich daher immer auf die gesellschaftlichen Verhältnisse, aber diese Beziehung ist sehr verschieden. Zu keiner Zeit ist die Summe der Rechtsnormen, die für die Gerichte und andere Behörden gelten, mit der Summe des gesellschaftlichen Rechts zusammengefallen, es waren stets eine Menge von gesellschaftlichen Rechtsverhältnissen jeder Einmischung von dieser Seite entrückt. Das tritt vielleicht in keinem Rechte so scharf hervor, wie im römischen, da sich kaum je eine Jurisprudenz so sehr über die Grenzen ihrer Rechtssätze im klaren war, wie die römische über ihr ius civile und ius honorarium. Es gibt eine Art offiziellen römischen Familienrechts, daneben aber auch bloß gesellschaftlich anerkannte Familienverhältnisse, die durch keine oder so gut wie keine Entscheidungsnormen geregelt sind: den Konkubinat, die eheliche Verbindung eines Römers mit einer Person ohne Connubium, die von den Modernen matrimonium iuris gentium genannt wird, und die Nachkommenschaft aus diesen beiden eheähnlichen Beziehungen. Die Römer haben über ihre Freigelassenen zu jeder Zeit eine eigentümliche Herrschaft ausgeübt, für die erst spät durch das prätorische Recht einige Vorschriften entstanden: bis dahin wurde sie offenbar ganz überwiegend mit gesellschaftlichen Mitteln durchgesetzt. Das precarium, dem der Prätor jedenfalls erst in der letzten Zeit des Freistaates durch das interdictum de precario einigen Schutz wenigstens gegen Dritte gewährte, ist typisch für ein bloß gesellschaftlich zu Recht bestehendes Besitzverhältnis; aber die Besitzverhältnisse am ager publicus waren zweifellos die längste Zeit von derselben Beschaffenheit. Der Gegensatz der bloß gesellschaftlich geltenden pacta und der contractus, die vor Gericht durchgesetzt werden können, zieht durch die ganze römische Rechtsgeschichte hindurch. Daß schließlich alle Arten letztwilliger Erklärung, die donatio mortis causa, das testamentum per aes et libram, das Fideikommiß, ursprünglich Geschäfte waren, um die sich Staat und Gerichte nicht kümmerten, ist ausdrücklich überliefert. Selbstverständlich soll diese Aufzählung auch nicht im entferntesten erschöpfend sein. Auf die statuliberi, auf die Stellung der unregelmäßig Freigelassenen bis sie der Prätor in ihrer Freiheit zu schützen begann, auf die fiducia, auf die älteste locatio-conductio, auf die Klientel, die in der späteren Zeit nur auch gesellschaftlich fortbestand, soll immerhin noch hingewiesen werden.

Dieses Verhältnis der Entscheidungsnorm zum gesellschaftlichen Rechte begegnet uns selbstverständlich auch sonst. Im XIII. Jahrhundert sagt Bracton über das englische Vertragsrecht mit Übernahme der Wendungen aus Inst. 1, 3, 18: conventionalis (stipulatio) quae ex conventione utriusque partis concipitur, nec iussu iudicis vel praetoris; et

quarum totidem sunt genera quot paene rerum contrahendarum, de quibus omnibus omnino se curia regis non immiscet, nisi aliquando de gratia.

Für das moderne Recht sei an die in manchen Gegenden Italiens eine große Rolle spielende kirchliche Ehe bei vorgeschriebener bürgerlicher Trauung erinnert, an die verschiedenen, außerhalb des staatlichen Vereinsrechts stehenden freien Vereinigungen, auf denen bis vor kurzem ein gutes Stück des französischen Vereinswesens beruhte, an die bei den österreichischen Südslawen noch immer bestehende, dem gesetzten Rechte Österreichs unbekannte Familiengemeinschaft (Sadruga), an die überall vorkommenden, bloß gesellschaftlich anerkannten unklagbaren Verträge, an die letztwilligen Vergabungen an die Treue Hand, durch die in Frankreich bis zur neuesten Gesetzgebung nicht anerkannte Religionsgemeinschaften ein Vermögen von ungezählten Millionen angesammelt haben.

Mit der Natur des Rechtssatzes und mit seinem Verhältnis zu den Tatbeständen, die er regelt, habe ich mich in der Schrift: Das zwingende und nichtzwingende Recht im bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich befaßt. Auf diese Darstellung verweisend, soll hier nur das für den Zusammenhang Unentbehrliche hervorgehoben werden. Jeder Rechtssatz, der eine Norm enthält, knüpft an einen Tatbestand einen Befehl oder ein Verbot als Rechtsfolge an. Der Tatbestand, durch den die Norm, der Befehl oder das Verbot, bedingt wird, ist eine Tatsache des Rechts, also eine Übung, ein Herrschafts- oder Besitzverhältnis oder eine Willenserklärung. Es handelt sich daher bei einem normierenden Rechtssatz immer um das Verhältnis des normierten Befehls und des Verbots zu einer der genannten Tatsachen des Rechts. Demzufolge müssen unter den Rechtssätzen drei Arten unterschieden werden.

Es gibt vor allem Rechtssätze, die den Tatsachen des Rechts, so wie sie in der Gesellschaft entstanden sind, schlechthin oder unter gewissen Bedingungen Schutz der Gerichte und der Behörden gewähren, indem sie Übungen in den Gemeinschaften als rechtswirksam anerkennen, Herrschaften und Besitzverhältnisse schirmen, Satzungen, Verträge, letztwillige Anordnungen durchsetzen. In diesen Fällen schließen sich die Normen des Rechtssatzes mit logischer Notwendigkeit an die Normen an, die unmittelbar aus den Tatsachen des Rechts, fließen, also aus der Übung, der Herrschaft, dem Besitz, der Willenserklärung. Das sind die Normen, die sich „aus dem Begriffe“, „aus der Natur der Sache“ ergeben. Hier ist das berechtigte Gebiet des logischen Elements im Rechte, und die logische Notwendigkeit steigert sich zu einer Art mathematischer Bestimmtheit, soweit der Wertbegriff hineinspielt; denn der Wert hat in der Tat etwas Mathe-

matisches in sich: er ist eine Gleichung. Diese juristische Mathematik, ein „Rechnen mit Begriffen“, findet sich daher im Rechte der Schadenersatz- und Bereicherungsansprüche und der Ansprüche aus Verträgen, bei denen Wert gegen Wert umgesetzt wird, bei Austausch- und Gebrauchsbeschaffungsverträgen.

Rechtssätzen dieser Art stehen die gegenüber, die bestehende Tatsachen des Rechts verneinen oder selbsttätig Tatsachen des Rechts schaffen. Auf Grund von Rechtssätzen werden von den Gerichten und staatlichen Behörden Gemeinschaften künstlich zusammengefügt oder gesprengt, Herrschaften errichtet und beseitigt, Besitz gegeben, genommen oder verschoben, Satzungen, Verträge, letztwillige Erklärungen zerrissen, zuweilen auch erzwungen. Es gehören hierher vor allem die Rechtssätze, die Enteignung oder Verfall von Gegenständen verfügen, gewisse Verhältnisse für ungültig, nichtig, anfechtbar oder strafbar erklären. Ein Erzwingen von Rechtshandlungen nehmen neuere Gesetze besonders durch das sogenannte „Reglementieren“ vor, indem sie den Satzungen und Verträgen einen bestimmten Inhalt vorschreiben und durch staatliche Behörden (Register) überwachen, ob darnach vorgegangen worden ist.

Ein nichtiges, ungültiges oder strafbares gesellschaftliches Verhältnis ist selbstverständlich etwas ganz anderes als ein Verhältnis, das für die Gerichte und staatlichen Behörden außerhalb des Rechtsgebiets liegt; eine nichtige Ehe ist etwas anderes als eine Nichtehe, ein strafbarer Verein etwas anderes als eine nicht unter das Vereinsrecht fallende freie Vereinigung, ein verbotener Vertrag etwas anderes als ein Vertrag, der weder eine Klage noch eine Einrede begründet: diesen Verhältnissen wird der gerichtliche oder behördliche Rechtsschutz nicht deswegen versagt, weil sie das vor den Gerichten und anderen Behörden geltende Recht nicht erreicht, sondern deswegen, weil sie aus der Gesellschaft verbannt werden sollen. Allerdings, wenn sie die Gerichte und Behörden trotz des Verbotes dulden oder gewähren lassen, dann liegt für die Soziologie des Rechts, die sich nicht mit der Auslegung der Rechtsvorschriften, sondern mit deren gesellschaftlicher Betrachtung zu befassen hat, nicht ein durch den Rechtssatz aus der Gesellschaft verbanntes, sondern bloß ein Verhältnis vor, dem der gerichtliche oder behördliche Schutz versagt ist. Wir sehen es täglich, daß ungültige, verbotene, strafbare Ehen, Vereine, Herrschafts- und Besitzverhältnisse, Verträge, Vergabungen auf Todesfall, in Wirklichkeit aufrecht bleiben, daß selbst Sklaverei in leichter Verkleidung in Südamerika, im Kongostaate, in Rußland trotz ihrer Aufhebung und Strafbarkeit weiter blüht.

Eine dritte Art von Rechtssätzen bestimmt auf die Tatsachen des Rechts Rechtsfolgen, ganz unabhängig von den Normen, die im Leben

an die durch diese Tatsachen erzeugten Übungen, Herrschafts- und Besitzverhältnisse und Verfügungen anknüpfen. Man denke an die mit dem Eigentum verbundenen Bann- oder Gewerberechte oder Steuerlasten, an die Versicherungspflicht bei gewissen Verträgen, an die Anzeigepflicht des Besitzers von Giften und Sprengstoffen.

Die Normen, die der Rechtssatz vorschreibt, können daher die Normen, die aus den Tatsachen des Rechts fließen, entweder schlechthin zur Geltung bringen, oder sie können sie lähmen oder brechen; sie können endlich auf sie Rechtsfolgen eintreten lassen, die mit den Rechtsfolgen aus den Tatsachen in keinerlei Beziehung stehen. Der Rechtsordnung, die sich die Gesellschaft in den Tatsachen des Rechts, in den bestehenden Übungen, Herrschaften, Besitzen, Satzungen, Verträgen, letztwilligen Anordnungen selbsttätig schafft, tritt also eine Rechtsordnung gegenüber, die durch Rechtssätze gebildet wird und die nur durch die Tätigkeit der Gerichte und staatlichen Behörden durchgeführt wird. Soweit infolge dieser zweiten Rechtsordnung die Tatsachen des Rechts geschützt oder gestaltet, verschoben, wohl auch aufgehoben werden, ergeben sich auch aus ihr Normen, Regeln des Handelns, und erst die Normen, die diese beiden Ordnungen enthalten, machen tatsächlich das gesamte Recht in der Gesellschaft aus. Für die Normen der zweiten Rechtsordnung ist aber offenbar nicht die Lagerung der Interessen in den einzelnen gesellschaftlichen Verbänden, sondern deren Lagerung in der ganzen, alle Verbände in einem gewissen Gebiete umfassenden Gesellschaft maßgebend. Die zweite Rechtsordnung ist also eine den Verbänden von der Gesellschaft auferlegte Rechtsordnung.

Der juristische Schriftsteller, der Lehrer des Rechtes und der Gesetzgeber, der dem Rechtssatz die wörtliche Fassung gibt, handelt dabei immer als Bestellter der Gesellschaft, sei es kraft des ihm von der Gesellschaft entgegengebrachten Vertrauens, wie dies bei den römischen und bei den gemeinrechtlichen Juristen bis zu den neueren Kodifikationen der Fall war, sei es kraft gesellschaftlicher oder amtlicher Stellung, oder, als Gesetzgeber, auf Grund der Staatsverfassung. Form und Inhalt des Rechtssatzes ist das Ergebnis einer Gesamtarbeit der Gesellschaft und des individuellen Juristen, und die Soziologie des Rechts wird in jedem einzelnen Falle den Anteil des einen und des anderen genau unterscheiden müssen.

Von der Gesellschaft kommen die Antriebe der Rechtsbildung, die aus den gesellschaftlichen Machtverhältnissen folgen. Das vielberufene Wort „Machtverhältnisse“ ist allerdings wegen seiner Unbestimmtheit wissenschaftlich unbrauchbar; hier soll es sich jedoch nur auf die Machtverhältnisse beziehen, die sich aus der staatlichen, wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Stellung ergeben. Zum anderen

Teile ist der Rechtssatz durch Rücksichten auf die Interessen nicht einzelner Klassen oder Stände, sondern aller gesellschaftlichen Schichten veranlaßt: es kommt dabei nicht darauf an, ob es sich um wirkliche oder, wie beim Hexenaberglauben, nur um vermeintliche Gesamtinteressen handelt. Hierher gehört die Abwehr äußerer Feinde und elementarer Kräfte. Interessen der Gesamtheit sind wenigstens nach der Überzeugung der Handelnden, im Grunde genommen auch die Interessen einzelner Bevölkerungsschichten, wenn die anderen Schichten für das allgemeine Gefühl nicht in Betracht kommen: so in Rom die Sklaven, bis ins XIX. Jahrhundert ganz allgemein die hörige Bauernschaft, in der alten polnischen Republik und im alten Ungarn vielfach die Nichtadeligen, und vielleicht bis tief ins XIX. Jahrhundert hinein die besitzlosen Volksklassen. Aber selbst für die meisten modernen Menschen dürften die Interessen der Verwahrlosten und „Verlorenen“ im allgemeinen nur als Gegenstand der Abwehr vorhanden sein: für sie fällt daher unter den Gesichtspunkt des Gesamtinteresses auch der Schutz der gesellschaftlichen Ordnung wider Einzelne, die außerhalb der Gesellschaft stehen, der durch einen Teil des Strafrechts, durch die Sicherheitspolizei, das Prozeßrecht gewährt wird. In Wirklichkeit sind das alles aber doch nur Machtverhältnisse. Die Entscheidung im Interesse der Gesamtheit kann auch als eine Entscheidung nach bloßen Zweckmäßigkeitserwägungen bezeichnet werden.

Wo die Machtverhältnisse ganz unzweideutig liegen oder wo das Interesse der Gesamtheit wenigstens für das allgemeine Bewußtsein ganz zweifellos spricht, hat der Jurist nur eine technische Aufgabe zu lösen. Der Inhalt des Rechtssatzes ist ihm von der Gesellschaft gegeben: er hat ihn nur in Worte zu fassen und die Mittel zu finden, um die Interessen, die gewahrt werden sollen, in möglichst wirksamer Weise zu wahren. Diese technische Aufgabe darf aber nicht unterschätzt werden. Die Unbeholfenheit des Verfahrens und die geringe Ausdrucksfähigkeit des materiellen Rechts bereiten auf diesem Gebiete oft ungeheuere Schwierigkeiten: darauf beruht jeder „Formalismus“ im Rechte. Formalismus ist ein technischer Mangel, der überwunden werden muß, nicht eine bewunderungswürdige Eigentümlichkeit des Rechts. Welche Schwierigkeiten den Römern und den Engländern einst die Plumpheit ihres Prozesses bereitete, lehrt jedes Blatt ihrer Rechtsgeschichte. Daß wir auch heute noch damit zu kämpfen haben, zeigt der Zustand der Lehre von der Klagebegründung, vom Beweise, vom Urteilsinhalt. Die Erfindung der bonae fidei iudicia durch die Römer darf wohl zu den größten Leistungen des menschlichen Geistes auf dem Rechtsgebiete gezählt werden. Ihr Werk wurde von den französischen Gerichten und in Deutschland von den hanseatischen Gerichten, dem Handelsappellationsgerichte

Nürnberg und vom Reichsoberhandelsgerichte glänzend fortgesetzt. Leider sind die Errungenschaften deutscher Handelsgerichte jetzt schon zum Teile vergessen. Welcher Arbeit es bedurfte, bis aus der Diebstahlsklage eine dingliche Klage, bis die Haftung des Besitzers für vorgegebenen und aufgegebenen Besitz, für den Untergang der Sache, für Früchte und Beschädigung vorgeschrieben und umgrenzt wurde, davon geben die dogmengeschichtlichen Forschungen wenigstens für das römische Recht eine Vorstellung. Der heutige, höchst unbefriedigende Zustand vieler Rechtseinrichtungen hängt zum großen Teile nur daran, daß wir bisher nicht imstande waren, für sie einen technisch vollkommenen Rechtssatz festzustellen.

Die Entscheidung über die im Streite befangenen Interessen überträgt die Gesellschaft dann dem Juristen, wenn sie weder unzweideutig durch das Interesse der Gesamtheit noch durch die Machtverhältnisse in der Gesamtheit vorgezeichnet erscheint. Das kann aber aus verschiedenen Gründen der Fall sein. Vor allem kommen die großen gesellschaftlichen Interessen, die an der Entscheidung hängen, den Beteiligten sehr häufig gar nicht zum Bewußtsein, zuweilen sind sie so auf die einzelnen Klassen und Stände verteilt, daß sie schon dadurch den Klassen- und ständischen Kämpfen entrückt sind, in vielen Fällen sind sie zu klein und unbedeutend, um davon ergriffen zu werden. Oft sind auch die Mächtigen, die zur Entscheidung berufen sind, selbst am Interessengegensatz unbeteiligt. Der wichtigste Fall ist aber wohl, daß die Mächte, die für die einzelnen Interessen sich einsetzen, sich annähernd die Wage halten, oder daß die von den staatlich, wirtschaftlich, gesellschaftlich mächtigsten Gruppen ausgehenden Einflüsse durch andere gesellschaftliche Strömungen, die auf religiösen, sittlichen, wissenschaftlichen oder anderen ideologischen Überzeugungen beruhen, gehemmt oder durchkreuzt werden.

Sobald vom Juristen verlangt wird, daß er die Grenzlinie zwischen den widerstreitenden Interessen selbständig ziehe, liegt darin, daß er sie nach Gerechtigkeit zu ziehen habe. Das bedeutet zunächst etwas Negatives: er hat über die Interessen ohne Rücksicht auf Zweckmäßigkeitserwägungen und unbekümmert um Machtverhältnisse zu urteilen. In der neuesten Zeit wurde zwar oft die Meinung ausgesprochen, auch bei der Gerechtigkeit handele es sich um Machtfragen. Soll damit nur gesagt sein, daß der Gerechtigkeitsgedanke, auf dem die Entscheidung beruht, bereits eine gewisse Macht in der Gesellschaft erlangt haben muß, wenn er die richterliche Normenfindung oder die Staatstätigkeit beeinflußt, so ist das gewiß richtig, aber auch selbstverständlich, und eine Selbstverständlichkeit braucht nicht erst gesagt zu werden. Offenbar unrichtig ist das aber, wenn man damit meint, unter dem Deckmantel der Gerechtigkeit werde immer nur der

Einfluß der staatlichen, gesellschaftlichen oder wirtschaftlichen Stellung auf die Rechtsbildung zur Geltung gebracht. Eine Rechtsnorm, von der bewiesen werden kann, daß sie auf solche Einflüsse zurückgeht, ist damit gemeiniglich schon als ungerecht gebrandmarkt. Die Gerechtigkeit hat immer die Wagschale nur zugunsten der Schwachen und Verfolgten gedrückt. Die Entscheidung nach Gerechtigkeit ist eine Entscheidung aus Gründen, die auch auf den Unbeteiligten wirken: sie ist eine Entscheidung des an dem Interessengegensatz Unbeteiligten, oder, wenn sie durch einen Beteiligten selbst erfolgt, eine solche, die auch der Unbeteiligte fällen oder billigen würde. Sie beruht daher nie auf der Ausnützung der Machtstellung. Der Mächtige, der nach Gerechtigkeit vorgeht, handelt gegen sein Interesse, jedenfalls wenigstens gegen sein augenblickliches Interesse, aus religiösen, sittlichen, wissenschaftlichen oder anderen ideologischen Erwägungen, oder auch aus kluger Machtpolitik. Die politischen und sozialen Gerechtigkeitsparteien, etwa die doktrinären Liberalen, die englischen Fabier, die deutschen Sozialpolitiker oder Nationalsozialen, die französischen Solidaristen, haben ihren Anhang ganz überwiegend unter Ideologen, die den politischen und sozialen Interessenkämpfen persönlich fern stehen. Darin liegt ihre Kraft und zugleich auch ihre Schwäche.

Das sind jedoch alles negative Bestimmungen. Welche sind die positiven Kennzeichen der Gerechtigkeit? Das in der Gegenwart so erfolgreiche Schlagwort von der Interessenabwägung enthält keine Antwort auf diese Frage; denn gerade darum handelt es sich, was den abzuwägenden Interessen das Gewicht verleiht. Offenbar ist es nicht der abwägende Jurist, der Schriftsteller oder Lehrer, der Richter oder Gesetzgeber, der sie doch nur schwerer oder leichter zu befinden hat, sondern wieder die Gesellschaft selbst. Von den in der Gesellschaft wuchernden Interessen gehen Strömungen aus, die schließlich auch die Unbeteiligten ergreifen. Der Richter, der nach Gerechtigkeit entscheidet, folgt der Strömung, unter deren Herrschaft er selbst steht. Auch die Gerechtigkeit geht also von der Gesellschaft, nicht vom Einzelnen aus: die Rolle des Entscheidenden ist dabei nur insofern wichtig, als er wenigstens in einem gewissen Umkreise unter den verschiedenen Lösungen die wählen kann, die seinen persönlichen Gefühlen am besten entspricht. Aber er kann dabei nicht von der gesellschaftlichen Grundlage der Entscheidung absehen. Hätte im Altertum ein vom Glück begünstigter Spartacus die Sklaverei aufgehoben, oder würden die Sozialisten, etwa in einer belagerten Stadt, wie in Paris während der Kommune, zur Herrschaft gelangt, das Privateigentum beseitigen, so hätte das mit der Gerechtigkeit nichts zu tun. Auch ein Richter gerät nicht mit sich in Widerspruch, wenn er,

obwohl er Sozialist ist, in einem Urteil das Privateigentum an Arbeitsmitteln anerkennt, der dem Einwand des Spieles gegen die Klage aus einem Börsengeschäft stattgibt, trotzdem damit nach seiner Überzeugung Treu und Glauben gebrochen wird. Er folgt damit, wie es eben die Gerechtigkeit verlangt, gesellschaftlichen Strömungen gegen sein individuelles Gefühl. Ein rebellisch gewordener Sklave, die Regierung einer belagerten Stadt, wie die von Paris während der Kommune, können allerdings nach ihrem individuellen Gefühlen vorgehen, aber nur, weil sie eben durch besondere Umstände gesellschaftlichen Einflüssen entrückt sind. Die Gerechtigkeit ist eine Macht der Gesellschaft über die Gemüter.

Die Wissenschaft hat zunächst die in der Gesellschaft vorhandenen Gerechtigkeitsströmungen zu verzeichnen und zu erforschen, was sie sind, woher sie kommen und wohin sie führen; sie kann aber unmöglich entscheiden, welche von ihnen allein die gerechte ist; sie sind für sie alle gleichberechtigt. Was die Menschen für gerecht halten, hängt von den Vorstellungen ab, die sie sich über das Ziel des menschlichen Strebens hienieden machen, es ist aber nicht Aufgabe der Wissenschaft, dem menschlichen Streben auf Erden Ziele zu setzen, das ist Sache des Religionsstifters, des Predigers, des Propheten, des Ethikers, des praktischen Juristen, des Richters, des Politikers. Die Wissenschaft kann sich nur damit befassen, was sich mit wissenschaftlichen Mitteln beweisen läßt; daß etwas gerecht sei, läßt sich ebensowenig wissenschaftlich beweisen, wie die Schönheit eines gothischen Domes oder einer Beethovenschen Symphonie dem bewiesen werden können, der sie nicht empfindet. Das alles sind Fragen des Gefühlslebens. Die Wissenschaft kann wohl die Wirkungen eines Rechtssatzes feststellen, aber sie vermag den Menschen nicht vorzuschreiben, daß ihnen die Wirkungen erwünscht oder verabscheuungswürdig erscheinen. Die Gerechtigkeit ist eine gesellschaftliche Kraft, und es handelt sich bei dieser Kraft immer nur darum, ob sie mächtig genug ist, um die Unbefangenen zu erreichen, die an den Entscheidungsnormen des Juristenrechts und an den Gesetzen arbeiten.

Wenn die Wissenschaft aber auch nichts über die Ziele sagen kann, so kann sie uns doch, sobald das Ziel feststeht, über die Wege aufklären, die zum Ziele führen. Die praktischen Kunstlehren, die diese Aufgabe erfüllen, gründen sich auf die Ergebnisse der reinen Wissenschaft. Es gibt keine Wissenschaft, die die Menschen lehrt, daß sie gesund sein sollen, aber die Heilkunst gibt den Menschen, die gesund sein wollen, an, was sie nach dem heutigen Stande der Naturwissenschaften dazu tun können. Wie die Ziele, die die Menschen durch das Recht anstreben, zu erreichen sind, damit befaßt sich die Jurisprudenz, aber sie muß dafür die Ergebnisse der

Soziologie des Rechts verwerten. Der Rechtssatz ist nicht nur das Ergebnis, er ist auch ein Hebel der gesellschaftlichen Entwicklung, er ist für die Gesellschaft ein Mittel, in ihrem Machtkreise die Dinge nach ihrem Willen zu gestalten. Durch den Rechtssatz erlangt der Mensch eine wenn auch beschränkte Macht über die Tatsachen des Rechts; im Rechtssatz tritt eine gewollte Rechtsordnung der in der Gesellschaft selbsttätig entstandenen Rechtsordnung gegenüber.

Der Gedanke, daß die Gesellschaft durch Gesetze (Rechtssätze) zu regieren sei, findet sich schon bei den Griechen, er spielt bei den Römern bereits eine große Rolle, taucht im XVI. Jahrhundert wieder auf, wird seither Träger der meisten großen politischen und gesellschaftlichen Richtungen in Europa bis zum Beginne des XX. Jahrhunderts, insbesondere des absoluten Wohlfahrtsstaates, der merkantilistischen, naturrechtlichen und der sozialpolitischen Bewegung. Er hat für die neuere Rechtsentwicklung eine ungeheuere, verhängnisvolle Bedeutung erlangt.

Was kann die Soziologie der Jurisprudenz in dieser Richtung bieten? Die letzten Ziele unseres Erdenwallens werden uns zweifellos ewig verborgen bleiben, aber ein kleines Stück des Weges können wir immerhin überschauen. Das höchste Streben jeder Wissenschaft ist, uns einen Blick in die Zukunft zu gewähren; der Forscher wird allmählich zum Seher. Wie der Physiker den Lauf der Kanonenkugel voraus zu bestimmen sucht, so wollen die Jünger der Gesellschaftswissenschaften die Gesetzmäßigkeiten im Gange der künftigen Entwicklung der gesellschaftlichen Ereignisse berechnen; sie haben zumal in der Volkswirtschaftslehre bereits manche schöne Erfolge aufzuweisen, und jeder Fortschritt in der Soziologie wird ihnen neue bringen.

Die Soziologie zeigt uns die Entwicklungsgesetze der menschlichen Gesellschaft und die Wirkungen der Rechtssätze. Die Jurisprudenz lernt aus ihr, wie die Rechtssätze nach ihren Wirkungen den gesellschaftlichen Entwicklungsgesetzen angepaßt werden können. Die Soziologie lehrt uns allerdings nicht, daß wir uns in den Rechtssätzen und in unserem sonstigen Handeln nach diesen wissenschaftlichen Gesetzen zu richten haben, ebensowenig wie uns die Naturwissenschaften sagen, daß wir gesund sein sollen; aber die Menschen wollen gemeiniglich zweckmäßig handeln, ebenso wie sie doch mit höchst seltenen Ausnahmen gesund sein wollen. So wird die Jurisprudenz auf Grund der fortschreitenden Ergebnisse der Soziologie immer besser den Richter und Gesetzgeber belehren können, wann sie fruchtbare Arbeit verrichten und wann sie, da sie sich gegen die Entwicklungsgesetze auflehnen, die Wirkungen der Rechtssätze verkennen, gesellschaftliche Kräfte zwecklos vergeuden. Wenn es ein „richtiges Recht“, genauer gesprochen: richtige Rechtssätze gibt, so sind es die, die die

Menschheit in der Richtung ihrer künftigen Entwicklung bewegen. Gewiß ist zweckwidriges Handeln nie auszurotten, denn es gehört zweifellos irgendwie in den Weltplan, aber doch nur als Hindernis, als Widerstand des Mittels.

Es ist daher keineswegs unwissenschaftlich, wenn der Soziologe auf Grund seiner wissenschaftlichen Erkenntnis eine Vorstellung über die kommende gesellschaftliche Ordnung und über ein schon in der Gegenwart der Zukunft angepaßtes Recht zu bilden sucht. Es ist nicht unwissenschaftlich, wenn Marx die Notwendigkeit des Sozialismus damit beweisen will, daß die gesellschaftliche Entwicklung notwendig zum Sozialismus führen müsse: jedenfalls nicht unwissenschaftlicher, als wenn Meteorologen das Wetter voraussagen, damit sich die Landwirte darnach richten, oder die Geologen über die Zukunft des Goldes zum Nutzen der Währungspolitik schreiben. Daß in allen solchen Untersuchungen ungemein viel Unhaltbares unter wissenschaftlicher Flagge segelt, ist leider richtig, aber das liegt nicht am Vorwurf, sondern an der Jugend und Unfertigkeit des ganzen Gebiets. Und wenn gefragt wird, warum jeder Soziologe das, was ihm als Ziel der Entwicklung vorschwebt, zugleich als letztes Ziel jeder Entwicklung hinstellt, über das die Menschheit nicht mehr hinauskommen könne, so dürfte das auf einem Mißverständnis beruhen. Der Astronom, der die äußersten, seinem Fernrohr noch erreichbaren Nebelbilder untersucht, der Mikroskopiker, der uns die kleinsten, seinem Werkzeug noch faßbaren Dinge vorweist, sie bestreiten beide nicht, daß hinter diesen Welten noch andere Welten, hinter diesen Kleinheiten noch andere Kleinheiten stecken. Und so weiß wohl auch der Soziologe, daß es hinter dem Horizont, der derzeit seinen Gesichtskreis begrenzt, noch andere Horizonte gibt, die seinem Blicke entzogen sind, aber er bescheidet sich mit dem Erreichbaren.

All das, was bisher ausgeführt worden ist, den Zusammenhang des Rechtssatzes mit der Gesellschaft und seine Abhängigkeit von der gesellschaftlichen Entwicklung haben die Begründer der historischen Juristenschule bereits richtig erkannt; denn das, was sie Rechtsbewußtsein des Volkes nennen, bedeutet doch gewiß nichts anderes als gesellschaftliche Gerechtigkeitsströmungen. Sie täuschten sich allerdings über die Tragweite ihrer Lehre; denn sie haben damit nicht das Recht, sondern nur den Rechtssatz, und nicht jeden Rechtssatz, sondern nur den auf Gerechtigkeit beruhenden erklärt, aber selbst in dieser Beschränkung war das, was sie vor mehr als hundert Jahren geleistet haben, eine mächtige Tat gewesen. Wie sehr sie ihre Nachfolger überragt haben, ergibt sich daraus, daß sich darunter niemand gefunden hatte, der auf der von ihnen errichteten Grundlage hätte fortbauen können,

Vielleicht wird sich die Aufgabe, die die Wissenschaft der Gerechtigkeit gegenüber zu erfüllen hat, am besten an einer Frage zeigen lassen, die gegenwärtig die Kolonialpolitiker in Frankreich heftig bewegt. Die arabischen Wanderstämme am Rande der Wüste in Algier und Tunis, Besitzer ungeheurer Herden von Schafen, Kamelen und Pferden, bedürfen für diese nicht nur ausgedehnter Weiden, sondern auch weiter Wegestrecken, um sie je nach der Jahreszeit von einem Weideort auf den anderen zu treiben. Daß sie dabei mit ihrem Vieh auch auf angebautes Land kommen, ist gar nicht zu vermeiden. Dadurch wird der Ackerbau in einem weiten Umfange unmöglich. Soll dieser nun so kümmerlich wie bisher fortbestehen, damit einige hundert Araber ihre Herden füttern können? Darauf wird mit der Gegenfrage geantwortet: Sollen einige hunderttausend Schafe und eine Menge von Pferden und Kamelen hingeopfert werden, damit die schon „wegen der verzweifelten Unsicherheit des Regens" höchst armselige und nur sehr beschränkt entwicklungsfähige Landwirtschaft am Wüstenrande etwa zehntausend Hektar — um mehr handelt es sich nicht — gewinne? Ein ähnlicher Kampf tobte um die Mitte des XIX. Jahrhunderts in der Schweiz zwischen den Landwirten und Großviehzüchtern einerseits und den Kleinviehzüchtern andererseits. Die Landwirte standen auf Seite der Großviehzüchter, da sich der Ackerbau nur auf Kosten der Kleinviehweiden, nicht auch auf Kosten der Großviehweiden erweitern konnte. Gegenwärtig soll ein Interessengegensatz derselben Art in Schweden und Norwegen zwischen den renntierzüchtenden Lappen und den sie von ihren Weideplätzen verdrängenden Bauern ausgetragen werden. Welche ungeheuere Rolle jetzt noch in Spanien die Weiden für die Merinoschafe spielen, die in vielen Gegenden den Ackerbau nicht aufkommen lassen, weiß jeder, der sich mit der spanischen Volkswirtschaft befaßt.

Fragen von solcher Art und von solcher Tragweite treten jeden Tag hart an den Juristen heran. Ob es sich darum handelt, die Grenze zu ziehen, bis zu welcher der gewerbliche Unternehmer den Nachbar durch Geräusche oder Gerüche stören darf, oder das Maß zu bestimmen, in dem der Nutzungsberechtigte nach beendigtem Nutzungsrechte dem Eigentümer Verschlechterungen ersetzen oder Ersatz für Aufwendungen verlangen könne, oder den Umfang auszumessen, in dem beim Arbeitsvertrage Rücksicht auf Leben, Gesundheit, geistige und körperliche Entwicklung des Arbeiters zu nehmen ist, oder festzusetzen, wieweit die Konkurrenzklausel den Angestellten in der freien Verwertung seiner Arbeitskraft hindern könne, oder die Ordnung in Paragraphen zu fassen, nach der die Gesellschaft den besitzlosen Klassen eine gewisse Lebenshaltung durch Mindestlohn, Fürsorge für Krankheit, Alter, Arbeitslosigkeit, für Witwen und Waisen gewähr-

leisten solle: die gerechte Entscheidung hat immer das Interesse zur Geltung zu bringen, das von den im Streite befangenen Interessen das höhere ist. Welches Interesse ist aber das höhere?

Würde nach den Wünschen der Viehzüchter oder Ackerbauer, der Gewerbetreibenden oder ihrer Nachbarn, der Grundeigentümer oder Nutzungsberechtigten, der Unternehmer oder der Arbeiter, der Prinzipale oder der Angestellten, der Besitzenden oder der Besitzlosen geurteilt oder das Gesetz erlassen werden, dann würde nicht die Gerechtigkeit, sondern die Macht das entscheidende Wort gesprochen haben. Wenn nach Gerechtigkeit vorgegangen werden soll, so bedeutet das vor allem, daß diese Wünsche als solche nicht maßgebend sein dürfen, daß es darauf ankommt, welche von den verschiedenen Interessen für die Gesellschaft schwerer ins Gewicht fallen: sind es die der Viehzucht oder des Ackerbaues, des Gewerbes oder der Hygiene eines Wohnviertels, des Großgrundbesitzes oder des Nutzungseigentums, des Unternehmertums oder der Arbeiterschaft, des Handels oder der freien Betätigung, der Mehrung des Besitzes in den Händen der bereits Besitzenden oder der Wohlfahrt der Besitzlosen. Und da wird der zur Entscheidung Berufene nicht bloß den Augenblick, sondern auch die kommenden Geschlechter, nicht bloß die wirtschaftlichen Bedürfnisse, sondern auch die politische, sittliche und kulturelle Bedeutung der Viehzucht und des Ackerbaues, des Gewerbes und der öffentlichen Gesundheitspflege, des Großgrundbesitzes und der Nutzungsrechte, des Unternehmertums und der Arbeiterschaft, des Handels und der freien Betätigung, des Besitzes und der Wohlfahrt der besitzlosen Volksklassen ins Auge fassen müssen.

Eine solche Entscheidung zu fällen, ist eine der größten, schwierigsten und verantwortungsvollsten Aufgaben, die an einen Menschen herantreten können. Fragen dieser Art nach Gerechtigkeit beantworten, das bedeutet in der gewordenen Gesellschaft die Zeichen des Werdenden herauszulesen, ihre Bedürfnisse vorauszufühlen, ihre Ordnung vorauszubestimmen. Werden wir je imstande sein, uns auf Grund wissenschaftlicher Erkenntnis daranzuwagen — und in höchst bescheidenem Maße ist das schon jetzt der Fall —, dann wird nur ein mit dem ganzen Rüstzeug der Wissenschaft ausgestatteter Geist zu einem solchen Werke berufen sein. Inzwischen besitzen wir in unserem Gerechtigkeitsgefühle nur eine von den dunklen Ahnungen großer verborgener Zusammenhänge, die wie die Religion, die Sittlichkeit und wohl auch die Kunst, die Menschheit schon seit Jahrtausenden zu fernen unbekannten Zielen hinleiten. Auf diesen Wegen ist das Genie ihr geborener Führer; neben dem Religionsstifter, dem Propheten, dem Dichter steht schon in den Gedankengängen der Urzeit der Gesetzgeber und der Richter. Das Genie, das ist der höher entwickelte

Mensch inmitten einer hinter ihm noch zurückgebliebenen Menschheit, der Mann der fernen Zukunft, durch ein rätselhaftes Zusammentreffen schon in die Gegenwart hineingeboren, der heute schon so denkt und fühlt wie einst alle denken und fühlen werden; das ist seine Tragik, denn er ist einsam, und sein einziger Lohn, daß er den anderen den Weg weist. Die Ahnungen, die dem Genie das Bild vorzaubern, gestatten ihm ein solches Meistern verborgener Zusammenhänge, wie wir es sonst nur von der tiefsten Erkenntnis erwarten dürften. Byron hat als Mitglied des englischen Oberhauses schon am Anfang des XIX. Jahrhunderts in seiner Rede gegen das Gesetz zum Schutz der Maschinenarbeit Gerechtigkeitsgedanken entwickelt, die den Sozialpolitikern meist erst fünfzig Jahre nachher zum Bewußtsein gekommen sind, in seiner Rede über die irische Frage einer Gerechtigkeit Ausdruck gegeben, die erst Gladstone in einen Gesetzentwurf gefaßt hatte; er hat bereits am Anfang des XIX. Jahrhunderts an der Wiedergeburt Griechenlands mitgetan, die wir heute alle bewundernd miterleben. Denn die Gerechtigkeit beruht zwar auf gesellschaftlichen Strömungen, aber sie bedarf, um wirksam zu werden, der persönlichen Tat eines Einzelnen. Sie ist darin am ehesten der Kunst vergleichbar. Auch der Künstler schöpft sein Kunstwerk, wie wir heute wissen, nicht aus seinem Innern, er vermag nur das zu formen, was ihm von der Gesellschaft geboten wird; aber ebenso wie das Kunstwerk, obwohl ein Ergebnis gesellschaftlicher Kräfte, doch erst vom Künstler mit einem Körper bekleidet werden muß, so braucht auch die Gerechtigkeit eines Propheten, der sie verkündet; und wieder gleich dem Kunstwerk, das, aus gesellschaftlichem Stoffe geformt, vom Künstler den Stempel seiner ganzen Persönlichkeit erhält, verdankt die Gerechtigkeit der Gesellschaft nur ihren rohen Inhalt, ihre individuelle Gestalt dagegen dem Gerechtigkeitskünstler, der sie gebildet hat. Wir besitzen weder eine einzige Gerechtigkeit noch eine einzige Schönheit, aber in jedem Gerechtigkeitswerk ist die Gerechtigkeit, ebenso wie aus jedem wirklichen Kunstwerk die Schönheit zur Menschheit spricht. Die Gerechtigkeit, sowie sie in Gesetzen, Richtersprüchen, literarischen Werken individuell gestaltet wird, ist in ihren höchsten Äußerungen das Ergebnis genialer Synthese der Gegensätze, wie alles Großartige, das je geschaffen worden ist.

Der Menschen Sinn ist zu mannigfach, die Schichtung der Gesellschaft viel zu ungleichartig, als daß sich die Gerechtigkeit in eine Formel zusammenfassen ließe. Vielleicht hat keine je einen größeren Erfolg gehabt, als die bekannte, die Bentham Beccaria entlehnt hat: the greatest happiness of the greatest number. Aber sie ist nie „bewiesen“ worden, und sie gehört auch nicht zu den Dingen, die ohne Beweis einleuchten würden.

Die Benthamsche Formel wird vor allem keineswegs jeden überzeugen: nicht den religiösen Asketen, dem das Glück auf Erden überhaupt nicht der Mühe wert scheint, nicht den Anhänger der Aristokratie für den die „größte Zahl" der Menschen nicht zum Glücke, sondern zur Arbeit und zum Gehorchen da ist, nicht den Ästheten, dem ein Michelangelo oder ein Napoleon Millionen des Allzuvielen aufwiegt, nicht den Patrioten, dem Macht und Größe des Vaterlandes viel mehr am Herzen liegen als das Glück der Einzelnen, die dazu gehören, nicht den Energetiker, dem es nur auf das Streben und das Wirken, nicht auf das Glücklichsein ankommt. Die Formel wird nur die gewinnen, die von ihr im vorhinein überzeugt sind: die bewußten Demokraten. Sie ist ein demokratisches Schlagwort, und damit ist schon gesagt, daß sie nur die Gesinnung und die Gefühle einer kleinen Minderheit zum Ausdrucke bringt. Denn die Demokratie ist ein aristokratischer Gedanke. Es gibt keine wahren Demokraten, als die ihrer geistigen Anlage nach Aristokraten sind; unter den Aristokraten der Geburt sind es nur die, die mit dem Stande auch diese Ausprägung der Eigenart mitererbt haben. Der Plebejer ist nie ein Demokrat: er verlangt nur die Gleichheit mit denen, die über ihm stehen, nicht mit denen, die unter ihm sind. Es liegt die höchste Vornehmheit, ein ungeheueres Machtbewußtsein, ein ungebändigter Trotz darin, Vorrechte nicht nur nicht zu verlangen, sondern auch zurückzuweisen.

Und was haben alle diese Demokraten unter den Aristokraten und Aristokraten unter den Demokraten unter der „größten Zahl" verstanden? Für die Gracchen waren es einige hunderttausend Proletarier unter der römischen Bürgerschaft, für Ulrich von Hutten die deutsche Reichsritterschaft, die gewiß nicht zahlreicher war, für Bentham selbst die mittleren Klassen des städtischen Bürgertums, für Marx die Millionen der Arbeiterschaft. Würde man den Gracchen zugemutet haben, die außeritalischen Peregrinen den Bürgern oder Hutten, die Bauern den Reichsrittern gleichzustellen, sie würden das gewiß als höchst ungerecht bezeichnen. Bentham begnügte sich mit dem mageren Troste, das selbst dem letzten Arbeiter der Aufstieg in die mittleren Klassen offen stehe; — vielleicht einem unter Zehntausenden: ist das die „größte Zahl"? Erst sein größter Anhänger, John Stuart Mill, dachte daran, den Fabrikarbeitern durch eine übrigens sehr bescheidene Sozialpolitik einigermaßen zu helfen. Rein arithmetisch war Marx gewiß im Rechte. Aber in seinem ganzen Werke findet sich nicht eine Zeile darüber, wie die Vergesellschaftung der Arbeitsmittel denen, die außerhalb der Gesellschaft stehen, zugute kommen solle; und doch ist das, wenn man die Bevölkerung der ganzen Erde in Betracht zieht, gewiß die „größte Zahl". Und in einer von seinem treuesten Schüler, Kautzky, herausgegebenen,

bevorworteten und empfohlenen sozialistischen Utopie wird gelehrt, die sozialistische Gesellschaft werde sich Kolonialerzeugnisse durch Zwangsarbeit der Neger verschaffen: „denn freiwillig arbeitet der Neger nicht“.

Und was soll schließlich das „größte Glück“ bedeuten? Bentham und seine Jünger haben darunter im allgemeinen den wirtschaftlichen Wohlstand der mittleren Volksklassen und einen möglichst freien Spielraum für die Betätigung der Kräfte des Einzelnen verstanden. Aber haben nicht gerade die tiefsten Menschenkenner darauf hingewiesen, wie sehr sich die „größten Zahlen“ dann am glücklichsten fühlen, wenn starke Männer sie führen und ihnen ihr Lebensschicksal schmieden? Wenn sie in irgendeiner Gemeinschaft untertauchen oder selbst einem Herrn dienen können, der für den Tag sorgt und sie am Abend vor Not und Elend bewahrt? Empfindet nicht eine vielleicht ebenso „große Zahl“ das höchste Glück, wenn sie auf fremde Kosten, in beschaulichem Müssiggang, wenn auch unter großen Entbehrungen, leben? Die Benthamsche Auffassung des größten Glückes ist die, einer bestimmten Klasse in einem bestimmten Lande, zu einer bestimmten Zeit: des Bürgertums in England am Anfang des vorigen Jahrhunderts. Carlyle hat ihr eine gerade entgegengesetzte gegenübergestellt, die für eine andere gesellschaftliche Schichte desselben Landes, derselben Zeit ebensogut war. „Glück“ ist überhaupt ein sinnloses Wort, dem keinerlei Wirklichkeit entspricht. Es gibt kaum einen Menschen, der sich dabei im Ernste etwas Bestimmtes denken kann, keine zwei Menschen vielleicht, die dabei an dasselbe denken. Und mit Gesetzgebung und Rechtspflege hat Glück überhaupt nichts zu tun. Trotzdem hat Bentham recht gehabt und behalten; denn er hat das in klare juristische Forderungen gefaßt, was zu seiner Zeit einer mächtigen Gerechtigkeitsströmung als Ideal vorschwebte. Aber seine Lehre hat keine über Zeit, Ort und Klasse hinausreichende Bedeutung.

Die Gerechtigkeit hat keine Formel, sie ist nur ein Ausdruck für einen Weg und ein Ziel: ein Ziel in sonniger Ferne, dem menschlichen Geiste ahnbar, aber nicht erkennbar, und einen Weg, den er schwankend und unsicher fortschreiten muß. Wer das letzte Wort der Gerechtigkeit zu sagen vermöchte, hätte damit das Entwicklungsgesetz der Menschheit, vielleicht sogar des Weltalls gefunden; inzwischen muß sich die Wissenschaft damit bescheiden, die Entwicklungslinie zu betrachten, die sich in die Vergangenheit eingezeichnet hatte, und die zu erraten, die ihr die nächste Zukunft vorzeichnen wird.

Es ist ein langer Weg, der von der inneren Ordnung der Verbände zu den Rechtssätzen unserer Gesetzbücher und juristischen Handbücher führt. In der Urzeit werden nur die Rechtssätze des Verfahrens und die Bußeordnungen nach bloßen Zweckmäßigkeits-

erwägungen geschaffen. Die Normen, die in diesen Rechtssätzen enthalten sind, gehören zu denen, die die „zweite Ordnung“ der Gesellschaft bilden, denn sie ordnen und regeln die Verbände nicht unmittelbar, sondern sollen von ihnen nur Gefahren abwehren. Die Normen der ersten Ordnung, die für die Bedürfnisse des Rechtsstreites notwendig sind, liegen dagegen noch nicht in Rechtssätzen vor: sie werden der inneren Ordnung der Verbände durch Verallgemeinern und Vereinheitlichen entnommen oder durch freies Finden gewonnen und erst nachträglich von der Jurisprudenz allmählich zu allgemeingültigen Rechtssätzen ausgestaltet. Gleichzeitig wachsen dank der Jurisprudenz die Rechtssätze der zweiten Ordnung an Zahl und Kraft: es entwickelt sich ein immer reicheres Prozeßrecht, die Bußeordnungen werden teils zum Schadenersatzrecht umgeprägt, teils zum Strafrecht verdichtet, es entsteht schließlich das staatliche Recht als Entscheidungsnorm der Gerichte und Grundlage staatlicher Eingriffe.

Auf jeder dieser Stufen ist die Gesellschaft ebenso tätig wie der Jurist. Jeder Rechtssatz ist aus gesellschaftlichem Stoffe, aber doch vom Juristen geformt worden. Es sind zwar die bereits in der Gesellschaft herrschenden Normen, die verallgemeinert und vereinheitlicht zu Rechtssätzen werden, aber schließlich hängt es doch vom Juristen ab, was verallgemeinert und vereinheitlicht wird, welche von den Familienordnungen, die in seinen Gesichtskreis fallen, ihm als Musterordnung gilt, nach der er die Streitigkeiten in den anderen beurteilt, welcher von den verschiedenen vorkommenden Vertragsinhalten ihm den Maßstab bei der Entscheidung von Streitigkeiten aus allen gleichartigen Verträgen abgibt. Das freie Normenfinden soll nur die innere Ordnung der gesellschaftlichen Verbände, wo sie bei der Entscheidung des Rechtsstreites versagt, ergänzen und ersetzen, und die ganze „zweite Ordnung“ ist im vorhinein dazu bestimmt, die innere Ordnung der Verbände, wie sie Übung, Herrschaft und Besitzverhältnisse jeden Augenblick aufs neue schaffen, mit einem Schutzwalle gegen Angriff und Gefährdung zu umgeben. Auch das Recht der gesellschaftlichen und staatlichen Eingriffe in die innere Ordnung der Verbände geht stets von einem größeren gesellschaftlichen oder staatlichen Verbande aus, der auf die kleineren Verbände, die ihn zusammensetzen, einzuwirken sucht. So sehr aber diese Normen aus dem, was in der Gesellschaft bereits besteht, hervorgehen, es muß ihnen doch der Jurist, sobald er sie zu Rechtssätzen umbildet, nicht bloß den Wortlaut, sondern auch ein gutes Stück ihres Inhalts geben. Aber der Jurist, der so dem Rechtssatz den Stempel seiner Persönlichkeit aufdrückt, steht seinerseits immer unter dem Einflusse der Gesellschaft; ihre Machtverhältnisse, ihre Vorstellungen vom Gesamtinteresse, ihre Gerechtigkeitsströmungen diktieren ihm, was er zu

verallgemeinern und zu vereinheitlichen hat, welche Normen er für das streitige Verhältnis zu finden habe, was vor Angriff und Gefährdung geschützt, was ihnen preisgegeben werden soll, wo die selbstgeschaffene innere Ordnung der Verbände von Staats- und Gesellschaftswegen zu verschieben oder aufzuheben ist. Nur ein Rest im Rechtssatze ist daher so sehr Ausdruck der Persönlichkeit seines Urhebers, daß man annehmen kann, er würde nicht so, wie er lautet, er würde anders gelautet haben, wenn er von einem anderen ausgegangen wäre. Und selbst dabei darf nie übersehen werden, wie sehr jeder Mensch und selbst das eigenartigste Genie ein Ergebnis der Einflüsse seiner Umwelt ist, daß jeder Mensch nur in einer bestimmten Gesellschaft geboren werden und wirken kann und sonst überall unmöglich wäre oder scheitern müßte.

Die herrschende Jurisprudenz, die in jedem Rechtssatz tatsächlich, wenn auch nicht immer bewußt, nur den Ausdruck des „Willens des Gesetzgebers" erblickt, verkennt vollständig den ungeheueren Anteil, den die Gesellschaft daran hat. Schon die Naturrechtslehrer sahen erheblich tiefer, indem sie das Recht auf das Gerechtigkeitsgefühl, also wenigstens mittelbar die Rechtssätze auf die gesellschaftlichen Gerechtigkeitsströmungen zu gründen suchten; Savigny und Puchta mit ihrer Lehre vom Rechtsbewußtsein des Volkes als Grundlage der Rechtsentwicklung dachten hier, wie sonst so oft, nur die Gedanken des Naturrechts ins Gesellschaftliche um. Bentham mit seinem Nützlichkeitsgrundsatz, mit dem Jherings Zweck im Rechte im wesentlichen zusammenfällt, hat zum erstenmal in umfassender Weise auf das Gesamtinteresse hingewiesen, das er allerdings mit der Gerechtigkeit und mit dem Interesse einer einzigen Klasse, des bürgerlichen Mittelstandes, häufig genug verwechselte. Die materialistische Geschichtsauffassung ging weit über die Naturrechtslehre, die historische Schule, über Bentham und Jhering hinaus: sie zeigte, wie sehr das Recht und damit auch die Rechtssätze nur ein Überbau der Wirtschaftsordnung sind, und wie sehr sich die Rechtssätze unter dem Drucke der gesellschaftlichen Machtverhältnisse formen und gestalten. Sie verfiel jedoch damit wieder in eine Einseitigkeit, denn sie schaltete geflissentlich die Persönlichkeit, die Gerechtigkeitsströmungen sowie alle nichtwirtschaftlichen Einflüsse, die sie, zuweilen recht willkürlich, stets auf wirtschaftliche zurückführte, ohne Absicht meist auch alle Rücksichten auf das Gesamtinteresse aus ihren Betrachtungen aus. Die Soziologie des Rechts wird nichts von alledem übersehen dürfen, sie wird alles berücksichtigen müssen, was am Aufbau des Rechtssatzes einen Anteil hat.

X.

Die Inhalte der Gerechtigkeit.

Unter dem Einflusse der Gerechtigkeit vollzieht sich überall die Bildung des Rechtssatzes; auf Grund der Gerechtigkeit findet der Richter die Entscheidungsnorm, wo ihn der Rechtssatz verläßt; nach seiner Gerechtigkeit wird ein Gesetz, eine richterliche Entscheidung ein staatlicher Eingriff beurteilt, Gerechtigkeit hat fast jede politische Partei wenigstens nach ihrer vorgegebenen Überzeugung als Ziel erwählt. Welchen konkreten Inhalt hat in allen diesen Fällen die Gerechtigkeit? Und da es sich bei der Entscheidungsnorm, beim Rechtssatz, bei der Kritik, bei politischen Parteien, überhaupt bei allem Recht, doch um Interessen handelt, die dadurch geschützt oder zur Geltung gebracht werden sollen, so muß der Frage die Form gegeben werden: welche Interessen sind es, die als gerecht gelten? Hedemann hat die Frage bereits in einem größern Zusammenhange, mit Beschränkung auf die privatrechtliche Gesetzgebung Deutschlands, Österreichs und der Schweiz im XIX. Jahrhundert, untersucht und sie in einer den höchsten wissenschaftlichen Ansprüchen genügenden Weise gelöst. Hier muß jedoch von der üblichen Teilung der Rechtsgebiete abgesehen werden. Nicht um den Einfluß der Gerechtigkeit auf das Privatrecht, das Strafrecht, das Verwaltungsrecht, den Prozeß kann es sich handeln, sondern um Interessen für die durch das Privatrecht, Strafrecht, Verwaltungsrecht oder Prozeß die Entscheidung nach Gerechtigkeit eintreten soll.

Die Rechtsgeschichte der Urzeit der europäischen Völker zeigt uns eine staatliche Rechtspflege, noch ganz darauf beschränkt, was den Staat unmittelbar angeht: Anschläge auf den König, Einverständnis mit dem Feinde, Verletzung der militärischen Disziplin. Der sonstige Rechtsschutz ist Sache der urwüchsigen Verbände, der Sippe, der Familie, des Hauses, die durch das starke Gefühl jedes einzelnen ihrer Angehörigen zusammengehalten werden, daß er in dieser von Gewalttätigkeiten erfüllten Welt nur im engsten Anschluß an die Seinigen Daseinsmöglichkeit habe. Diese urwüchsigen Verbände schaffen die Gerichte, ordnen das Verfahren, bilden die ersten Rechtssätze. Wir sind über das alles durch eine Reihe weit zurück-

reichender Rechtsaufzeichnungen ziemlich gut unterrichtet. Für Europa kommen insbesondere die XII Tafeln der Römer, die germanischen Volksrechte, die annähernd auf der gleichen Stufe entstanden sind, die skandinavischen Sagas und einige slawische Rechtsquellen in Betracht. Wir entnehmen daraus, daß in der Gesellschaft für die dieses Recht gegolten hatte, die Abwehr von Gewalttätigkeiten wider Staat, Person, Leben und Besitz die erste Lebensfrage war. Diese alten Ordnungen beziehen sich fast ausschließlich auf Mord, Totschlag, Verwundung, Raub, Diebstahl und Erbschaftsplünderung. Die Rechtsvorschriften gehen also bei ihnen in der Sorge für den Staat, für das Leben der Volksgenossen, für die Ruhe des häuslichen Herdes, des Besitzes und der Arbeitsstätte auf. Das sind die einzigen Interessen, die schutzwürdig scheinen: und der Rechtsschutz wird geübt durch Selbsthilfe, Blutrache, Friedloslegung und schließlich Geldbuße. Diese Rechtssätze, die man nach der heutigen Auffassung wohl sämtlich dem Strafrecht zuweisen müßte, sind das Urbild aller derer, auf denen noch bis in die Gegenwart die Rechtssicherheit des Staates, der Person und des Besitzes beruht.

Mit den ersten Rechtsaufzeichnungen bricht überall merkwürdigerweise die Überlieferung für lange Zeit ab. Sowohl bei den Römern als auch bei den Germanen beginnen jetzt die dunkeln Jahrhunderte, über deren Rechtsbildung zu uns nur geringe Kunde gedrungen ist. Sobald jedoch die Quellen etwas reichlicher zu fließen beginnen, stehen wir vor einem ganz anderen Bilde. Das ist in Rom um das Ende der republikanischen Zeit, bei den germanischen Völkern etwa im XIII. Jahrhundert der Fall; in England löst sich das Dunkel etwas früher, bei den Skandinaviern erst im XV. Jahrhundert.

Die schutzwürdigen Interessen sind zwar noch immer dieselben wie in früherer Zeit: Staat, Leib und Leben, Besitz, aber die Mittel sind erheblich reicher und mannigfacher. Vor allem schreitet der Staat mit seiner Strafgewalt nicht bloß dann, wenn es sich um ihn selbst, sondern immer häufiger auch ein, wenn es sich um Leib, Leben und Besitz der Volksgenossen handelt. Dann hat er sich auch der einst gesellschaftlichen Gerichte zum großen Teil bemächtigt und gewährt durch diese den Interessen einen viel kräftigern Schutz als es früher die Gesellschaft vermochte. Während aber die Abwehr von Gewalttätigkeiten, listigen und diebischen Eingriffen durch Abschreckung von der staatlichen Strafrechtspflege übernommen worden ist, hat sich zugleich die Buße in einen Schadenersatz verwandelt, und so wird es möglich, nicht bloß im Falle eines gewaltsamen, listigen oder diebischen Angriffs die Untat zu sühnen, sondern auch für einen in anderer Weise erfolgenden Eingriff Entschädigung zu gewähren. Endlich begegnen wir bereits der rechtsverfolgenden Klage im engsten Sinne des

Wortes, die dem Berechtigten den Gegenstand seines Rechts selbst verschaffen soll: die Sache, an der er das Eigentum oder den Besitz anspricht, oder die geschuldet wird.

Die herrschende Jurisprudenz hat sich den Einblick in diese Entwicklung dadurch verbaut, daß sie einen grundsätzlichen Unterschied zwischen dem Schadenersatzanspruch und den rechtsverfolgenden Ansprüchen annimmt. Sie behandelt den Anspruch auf Schadenersatz im Forderungsrechte, die rechtsverfolgenden Ansprüche bei den einzelnen Rechten, auf die sie sich beziehen, also etwa den Eigentumsanspruch in der Lehre vom Eigentum. Aber schon Mauczka hat mit Recht darauf hingewiesen, daß die Persönlichkeitsrechte, die Rechte auf Leben, Leib, Ehre, Namen, selbst gegen unverschuldete Verletzung nicht anders geschützt werden können, als durch Schadenersatzansprüche: diese Ansprüche gehören daher systematisch nicht ins Forderungsrecht, sondern ins Persönlichkeitsrecht. Dasselbe gilt von den andern rechtsverfolgenden Ansprüchen. Die dingliche Klage wegen Besitzverlustes — die Klage wegen Eingriffs in ein Herrschaftsverhältnis hat übrigens dieselbe Natur — ist aus der Klage wegen räuberischer oder diebischer Entziehung des Besitzes entstanden, sie steht also mit der Schadenersatzklage wegen Raubes und Diebstahls im engsten Zusammenhange. Der Schadenersatzanspruch vertritt heute noch die dingliche Klage, wenn die Wiedererlangung des Besitzes nicht möglich, zuweilen sogar, wenn sie nicht erwünscht ist; im heutigen englischen und in einem gewissen Sinne im klassischen römischen Rechte ist der dingliche Anspruch überhaupt nur als Schadenersatzanspruch durchsetzbar. Die Schadenersatzklage ist also in diesen Fällen teils die notwendige, teils die historisch gegebene Form der Klage wegen Entziehung des Eigentums und Besitzes, eine bestimmte Form der Klage aus dem Eigentum und Besitze. Ebenso ist aber die Schadenersatzklage wegen Beschädigung einer Sache, die der Kläger im Eigentum oder im Besitze hatte, immer eine Klage aus dem Eigentum und Besitze. Wie bei der Klage wegen Entziehung, so bildet auch bei dieser Schadenersatzklage Eigentum oder Besitz den Klagegrund. In der Tat, wenn man heute die actio negatoria nicht mehr wie die Römer als Dienstbarkeitsklage, sondern als Eigentumsklage auffaßt, da die Abwehr einer angemaßten Dienstbarkeit zwar das Ziel, Eigentum aber der Klagegrund ist, so wird man auch nach dem Klagegrund, nicht nach dem Ziel, die actio legis Aquiliae als eine Eigentumsklage bezeichnen müssen.

Auch die Bereicherungsklagen sind Eigentums- oder Besitzklagen: Klagen des Eigentümers oder Besitzers auf Ersatz der Einbuße, die er durch den von ihm nicht gewollten Verlust seines Eigentums oder Besitzes zugunsten eines anderen erlitten hatte, bis zur Höhe des Ge-

winnes im andern Vermögen. Bei der Anfechtungsklage des Gläubigers handelt es sich um die Einbuße an Sicherheit für eine Forderung durch einen solchen Übergang, sie ist also in Wirklichkeit eine Forderungsklage. Im römischen Rechte ist der Bereicherungsanspruch bereits ziemlich reich entwickelt: condictiones sine causa, actio negotiorum gestorum, actio de in rem verso, actio Pauliana als Anfechtungsklage des Gläubigers. Noch feiner wurde sie im gemeinen Rechte, hauptsächlich durch den Einfluß Windscheids, ausgestaltet. Im französischen Rechte erfolgte die Ausbildung des Bereicherungsanspruchs, da der Code civile nur über die Rückforderung der Zahlung einer Nichtschuld Vorschriften enthält, fast ausschließlich durch die Rechtsprechung, die dabei der Form nach in der Regel an die in rem versio anknüpfe. Planiol beschränkt sich zur Begründung den Grundsatz anzurufen, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem: c'est une des rares règles de droit naturel, qui dominent toutes les lois, alors même que le législateur n'a pas pris spécialement le soin de les formuler. Gegenwärtig gibt wohl im deutschen und französischen Rechte fast jeder Erwerb, der nicht auf dem Willen der Parteien beruht, und nicht durch eine Einbuße zugunsten dessen, auf dessen Kosten er geschieht, ausgeglichen wird, zu einer Bereicherungsklage Anlaß. Im englischen Rechte tritt der Zusammenhang des Bereicherungsanspruchs mit dem Eigentums- und Besitzanspruch deswegen viel schärfer hervor, weil die dafür meist zustehenden Klagen (trover und indebitatus assumpsit) anfänglich Besitzstörungsklagen (trespass) gewesen sind. Trover, ursprünglich eine Klage wegen gefundener Sachen, betrifft jetzt alle Fälle, wo der Beklagte Sachen, die dem Kläger gehören oder sich in seinem Besitze befanden, zu eigenem Nutzen verwendete (conversion) oder den Besitz und Gebrauch unrechtmäßig entzogen hatte; indebitatus assumpsit umfaßt meist Fälle derselben Art, wie trover, wenn es sich um Geld handelt.

Die rechtsverfolgenden, die Schadenersatz- und die Bereicherungsansprüche sind daher mit dem dazu gehörenden Strafrechte nur verschiedene Formen des Schutzes der Persönlichkeit, der Herrschaft, des Besitzes. Die Gerechtigkeit fordert, daß Person, Herrschaft und Besitz geschützt wird, die Gerechtigkeit fordert auch einen immer reichern und feinern Ausbau des Schutzes; aber in jedem Falle muß noch die technische Frage gelöst werden, in welcher Weise der Gerechtigkeit genügt werden kann. Die Gerechtigkeit muß sich bescheiden, so lange sich für das, was sie verlangt, nicht angemessene Entscheidungsnormen und entsprechende Rechtsmittel gefunden werden. Gerade die Entwicklung des Schadenersatzrechts bietet ein Beispiel dafür. Der Eigentümer kann eine Sache, wenigstens wenn sie gestohlen oder in Verlust geraten war, auch vom schuldlosen Erwerber ansprechen, aber

er kann von deren Beschädiger nur dann Ersatz des Schadens erlangen, wenn er ihm Verschulden nachweisen kann. Die bessere Behandlung des Schädigers ist nicht durch die Gerechtigkeit geboten, der Grund ist zunächst ein historischer. Aus der Diebstahlsklage hat sich schon frühe die rechtsverfolgende Klage gegen jeden Dritten entwickelt, der die gestohlene oder sonst mit Unrecht entzogene Sache besitzt. Dagegen hat die ursprüngliche Klage wegen Beschädigung einer fremden Sache auf Zahlung einer Buße, da diese eine Art Strafe ist, in jedem entwickelteren Rechte Verschulden des Beschädigers vorausgesetzt. Daher mußte wegen ihres historischen Zusammenhanges mit der alten Bußeklage die Beschädigungsklage auch dann noch auf ein Verschulden gegründet werden, als die Buße bereits in einen Schadenersatz übergegangen ist. Um sie einem ähnlichen Wandel zu unterwerfen, wie der, der von der Diebstahlsklage zur Eigentumsklage führte, müßte man einen Rechtssatz finden, der den schuldlos verursachten vom rein zufälligen Schaden scharf zu trennen weiß. Das ist weder den Römern noch den Neuern bisher gelungen, und wegen dieser technischen Schwierigkeit halten wir noch heute grundsätzlich an den in sehr vielen Fällen als ungerecht empfundenen Rechtssätzen fest: casum sentit dominus, loss from accident must lie where it falls. Einige Ausnahmen davon kennen schon die Römer und das ältere Recht; im XIX. Jahrhundert werden wenigstens einzelne Unternehmungen, die mit großen Gefahren für andere betrieben werden, gesetzlich für den durch sie verursachten Schaden haftpflichtig gemacht, aber nur die französische Rechtsprechung hat bisher in einem größeren Umfange Haftung für den bloß verursachten Schaden angenommen. Aus ihren Entscheidungsnormen klare Rechtssätze zu ziehen, ist jedoch bisher nur zum Teile möglich gewesen.

Der älteste Vertrag besteht in einer Besitzübertragung. Beim Austauschvertrage wird der Besitz an Sachen, bei der Selbstbegebung in die Schuldknechtschaft, also bei allen Verträgen, die zu Diensten und Leistungen verpflichten (bei den Unterwerfungsverträgen), der Besitz an der eigenen Person übertragen. Ohne solche Besitzübertragung ist ursprünglich der Vertrag vor Gericht unwirksam, die Gerichte schützen daher noch nicht den Vertrag selbst, sondern nur den auf den Empfänger übergegangenen Besitz gegen räuberische, diebische oder listige Entziehung. Das ist auch dann nicht anders, wenn an Stelle des Vertragsgegenstandes ein Pfand, an Stelle der Selbstverknechtung ein Dritter als Geisel eintritt. Der Gläubiger kann sich jetzt an das Pfand oder den Geisel halten und wird in deren Besitze in derselben Weise wie sonst im Sachbesitze geschützt: andere gerichtlich verfolgbaren Rechte hat er gegen den andern Vertragsteil noch nicht.

Ein eigentliches Vertragsrecht entsteht erst, wenn der Schuldner aus seinem Worte mit mehr zu haften beginnt, als mit dem, was er dem Gläubiger hingegeben hat. Lange wird noch an dem gedanklichen Zusammenhang der dem Gläubiger übergebenen Symbole, der Arrha, des Angeldes, der Teilleistung sowie der Verbürgung mit der Übergabe des Vertragsgegenstandes oder des Schuldners in den Besitz des Gläubigers festgehalten; aber dieser verflüchtigt sich immer mehr, bis schließlich das Versprechen als solches in immer wachsendem Umfange Haftung erzeugt.

Ursprünglich bedeutet daher gerichtlicher Schutz des Vertrages immer nur den gerichtlichen Schutz der mit dem Vertrage vorgenommenen Verfügung über den Besitz, sei es einer Sache oder einer Person, der eigenen oder einer fremden, allenfalls den gerichtlichen Schutz der Verfügung über die eigene Person zu Diensten oder Sachleistungen. Wird die Verfügung nicht sofort vollzogen, so erzeugt sie anfänglich nur eine Schuld des Verfügenden; zu dieser Schuld tritt die Haftung des Verfügenden aus dem Worte hinzu, sobald die Gerichte ihn zwingen, die Verfügung nachträglich zu vollziehen. Zögernd und in einem gewissen Sinne widerwillig hat das Recht diese Entwicklung genommen, immer nur als Zugeständnis an die dringendsten und unabweislichsten Bedürfnisse des Lebens. Am frühesten stellt sich Haftung beim Vergleiche über die Zahlung einer Buße und beim Kreditvertrage ein, verbunden mit dem symbolischen Selbstverkaufe des Schuldners, später erst kommen die Haftungen aus den Zusagen beim Kaufe (daß die Sache nicht gestohlen sei). Die eigentliche Erfüllungshaftung beim Austauschvertrage setzt bereits einen bedeutenden Verkehr und gesellschaftliche Arbeitsteilung voraus. Das römische Recht verpflichtet den Verkäufer einer Sache noch nicht zur Erfüllung des Versprechens, sondern nur zur Besitzübertragung und zur Haftung, daß der Käufer die Sache behalte; die locatio conductio und die andern Austauschverträge, die sogenannten unbenannten Verträge, haben nicht einmal diese Stufe erreicht, sie haben im wesentlichen eine Schuld, nicht eine Haftung zur Folge. Erst der moderne Übereignungsvertrag erzeugt die Pflicht zur Eigentumsübertragung; aber nur beim französischen Konsensualvertrage und beim englischen deed tritt schon im Augenblicke des Vertragsabschlusses die Wirkung der Verfügung, der Eigentumsübergang, soweit er möglich ist, im vollen Umfange ein. Die Entwicklung der Gerechtigkeit strebt daher überall dahin, das Wort im Vertrage zur vollwichtigen Quelle vor Gericht durchsetzbarer Rechtswirkungen zu gestalten. Aber in erster Linie erscheint der Vertrag doch immer nur als eine Ausübung des Verfügungsrechts über seine eigene Person oder über seinen Besitz. Der leitende Gedanke ist hier offenbar nur: ebenso wie der Besitzer

seine Sache verbrennen oder ins Wasser werfen, so kann er sie auch auf einen andern übertragen. Wie der Wille des Besitzers überhaupt maßgebend ist für das, was ihm unterworfen ist, so ist er es auch, wenn er sich in einer vertragsmäßigen Verfügung äußert. Der Vertrag ist in dieser Gestalt ein Mittel, den Besitz zu verwerten.

Darin liegt bereits der Keim zu einer andern Gedankenfolge. Da die Verfügung über den Besitz im Vertrage ein Mittel ist, den Besitz zu verwerten, so gehört auch das, was durch die Verwertung des Besitzes bewirkt werden soll, mit zum Inhalte des Vertrages. Bei den für den Verkehr wichtigsten Verträgen soll durch die Verfügung über den eigenen Besitz vom andern Vertragsteil eine Gegenleistung erlangt werden, und diese Gegenleistung besteht wieder in einer Verfügung des andern Teils. Schon sehr früh hat also, zunächst bei den Austauschverträgen, dann in immer größerem Umfange auch bei andern zweiseitigen, die Leistung des einen Teiles den gerichtlichen Anspruch auf Gegenleistung zur Folge. Aber der Vertrag, das sind nicht nur zwei einander bedingende, sondern auch zwei miteinander zusammenhängende, ineinander verschlungene Verfügungen, und ein Rechtssystem, das sich ausschließlich mit den beiden einzelnen im Vertrage enthaltenen Verfügungen befaßt, ohne ihren Zusammenhang zu berücksichtigen, bringt nur einen Teil des Vertragsinhalts, nicht den ganzen Vertragsinhalt zum Ausdruck.

Die Schrift von Zitelmann: Rechtsgeschäft und Irrtum, enthält eine mustergültige Zergliederung des psychologischen Vorgangs bei der Verfügung. Da jeder Vertrag Verfügungen enthält, so ist sowohl der Ausgangspunkt als auch das Ergebnis der Zitelmannschen Schrift unbedingt richtig. Aber Zitelmann bleibt bei der Verfügung stehen. Er zerschneidet den Vertrag in zwei unabhängige Verfügungen, für ihn bedeutet noch der Vertrag nur zwei Verfügungen, nicht das Verschlingen zweier Verfügungen. Soweit dieses Verschlingen mit zum psychologischen Vorgang beim Vertrage gehört, kommt es bei ihm nicht zu seinem Rechte. Erst die reichhaltige neuere Literatur des gemeinen und bürgerlichen Rechts über die Erklärungstheorie beim Rechtsgeschäfte hat diesem Punkte ihre Aufmerksamkeit zugewendet. Unvergleichlich eingehendere Untersuchungen darüber enthält die volkswirtschaftliche Wertlehre. Mit ihr haben sich bekanntlich sowohl die englischen Klassiker, als auch die Volkswirte der Schule befaßt, die gewöhnlich, da ihre Hauptvertreter Österreicher sind, als die österreichische bezeichnet wird, obwohl zu ihren Begründern neben dem Österreicher Karl Menger auch der Engländer Jevons und der Franzose Walras gehören, und sie nicht nur in Österreich, sondern auch in Frankreich, England, namentlich aber in Italien und in Amerika, viele Anhänger und bedeutende Vertreter zählt. Die

klassische und die österreichische Schule sind anscheinend zu sehr verschiedenen Ergebnissen gelangt, in Wirklichkeit dürften sie aber wohl denselben Vorwurf von verschiedenen Seiten beleuchten. Der Wertbegriff der Klassiker hat ebenso seine Berechtigung wie der der österreichischen Schule. Für die Frage, die uns hier beschäftigt, kommt es jedoch nur auf den Wertbegriff der österreichischen Schule an.

Es handelt sich zunächst um den nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit abgeschlossenen Vertrag. „In jeder konkreten Wirtschaft sind unzählige Richtungen des Handelns der wirtschaftenden Subjekte denkbar; sicher ist indeß, daß, von ökonomisch irrelevanten Verschiedenheiten abgesehen, nur Eine Richtung der Wirtschaftsführung die zweckmäßige, die ökonomische zu sein vermag, oder mit andern Worten: In jeder Wirtschaft sind unzählige unwirtschaftliche Formen der Führung derselben, indeß von ökonomisch irrelevanten Verschiedenheiten abgesehen, stets nur Eine, und zwar eine streng determinierte, ökonomische Richtung derselben denkbar“ (Karl Menger). Dieser wirtschaftliche Vertrag ist ein Vertrag, in dem gleiche Werte gegeneinander ausgetauscht werden.

Die Forschungen der österreichischen Schule beschränkten sich bisher im wesentlichen auf den Kauf und den Tausch, und auch bei diesen nur auf den Gegenstand der ausgetauschten Leistungen, insbesondere den Preis. Erst in neuester Zeit hat Kleinwächter den städtischen Mietvertrag (Bodenrente) einbezogen. Selbstverständlich könnten derartige Untersuchungen für alle Verträge angestellt werden, auch für die ganz einseitigen und unentgeltlichen, auch für Verträge ohne wirtschaftlichen Inhalt, insbesondere die familien- und öffentlichrechtlichen. Überall beruht der Vertrag auf einem psychischen Vorgang, der ebenso zergliedert werden kann, wie der den Austauschverträgen zugrunde liegende. Hier hat die englische Jurisprudenz in der Lehre von der consideration Erhebliches geleistet, worüber die Schrift von Pollock, On Contracts, Auskunft gibt. Eine vollständig erschöpfende Untersuchung müßte aber auch jede einzelne Vereinbarung, die im Vertrage enthalten war, berücksichtigen: alle Haftungen, Bedingungen, Fristen, Fristbestimmungen, denn die Wirtschaftlichkeit hängt nicht nur von Gegenstand und Preis, sondern auch von dessen ganzem Inhalte ab. Bisher ist aber nur der Einfluß der Zeit, die Fristen, im Werke von Böhm-Bawerk über den Kapitalzins erörtert worden.

Das Ideal eines vollständig gerechten Vertrages ist ein durchaus nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit abgeschlossener Vertrag. Sollten die Entscheidungsnormen des Vertragsrechts diesem Gerechtigkeitsideal folgen, so müßten sie bei einem unwirtschaftlichen Vertrage entweder versagen oder ihn nur so zur Geltung bringen, wie er nach den

Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit hätte abgeschlossen werden müssen. Dieses Ideal ist für die Jurisprudenz unerreichbar. Vor allem ist der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit selbst in eine allgemeine juristische Formel, geschweige denn in einen Rechtssatz, wahrscheinlich gar nicht faßbar; dann aber fehlen dem Juristen dafür auch die prozessualen Mittel, insbesondere im Beweisverfahren. Die Jurisprudenz muß sich daher eine viel bescheidenere Aufgabe stellen: einerseits die grellsten Unwirtschaftlichkeiten ablehnen, andererseits aber den Vertragsinhalt in besonders dazu geeigneten Fällen im einzelnen im Sinne der Wirtschaftlichkeit berichtigen. Die Rechtsgeschichte zeigt, daß sich die Entscheidungsnormen des Vertragsrechts, zum Teile auch die Rechtssätze, in der Tat unter dem Einflusse der Gerechtigkeitsgedanken nach dieser Richtung bewegen.

Die Gründe des unwirtschaftlichen Vertragsabschlusses sind Leichtsinn, Irrtum, Notlage, Zwang. Die Rechtssätze, die das Verwerten dieser Umstände für den Vertragsabschluß bekämpfen, gehören fast auf der ganzen Erde zu den ältesten; insbesondere sind dagegen die ältesten Gesetze gerichtet: es sind dies die Gesetze gegen den Wucher und Betrug. Wucher- und Betrugsgesetze finden sich schon in Griechenland, in Rom, im europäischen Mittelalter, sie bedeuten die früheste Entwicklung des Strafrechts über seine ursprüngliche Stufe hinweg und greifen heute noch immer weiter um sich.

Darüber hinaus bewegt sich das Vertragsrecht nur sehr langsam. Alle ältern Rechtssysteme, das älteste römische, das mittelalterliche Recht, und noch im neuern römischen Rechte die Rechtssätze über die stipulatio und die anderen Verträge, die actiones stricti iuris erzeugen, das ältere gemeine und nach vielen Richtungen sogar noch das heutige englische Recht sehen im Vertrag im wesentlichen nur die Verfügung. Erst im jüngern römischen, im jüngern gemeinen und im neuesten festländischen Rechte erscheint diese Entwicklungsstufe einigermaßen überwunden.

Bei einem Abschlusse ist jedoch weder das römische noch das moderne Recht angelangt. Der Sitz der Schwierigkeiten ist das Recht des Irrtums beim Vertrage und das Recht der Vertragsauslegung. Der Hinweis auf die Verkehrssitte und auf die bona fides, auf Treu und Glauben, auf die guten Sitten, wie er sich schon bei den Römern und noch häufiger bei den Neuern findet, ist selbstverständlich keine Lösung, es ist kein Rechtssatz, der Entscheidungsnormen enthielte, sondern eine Anweisung an den Richter, selbst nach Gerechtigkeit, also nach dem Grundsatze der Wirtschaftlichkeit, Entscheidungsnormen zu finden, die nach Möglichkeit alles zur Geltung bringen, woraufhin jeder Vertragsteil seine Wertberechnung vorgenommen hatte; und andererseits dem unheilbar unwirtschaftlichen, insbesondere dem un-

sittlichen Vertrage den Rechtsschutz zu versagen. Diese richterlichen Entscheidungsnormen sind aber einer Verallgemeinerung fähig, können daher nachträglich zu Rechtssätzen umgebildet werden. Ein großer Teil des römischen Vertragsrechts beruht auf einer Verallgemeinerung der Entscheidungen auf Grund der bona fides, und die Modernen haben weitere Rechtssätze aus den in den römischen Quellen enthaltenen Entscheidungen gezogen. Welche Fülle von Rechtssätzen über das Vertragsrecht die moderne Rechtsprechung ergibt, glaube ich in meiner Schrift: Die stillschweigende Willenserklärung annähernd gezeigt zu haben. Selbstverständlich gehören Rechtssätze dieser Art nicht in ein Gesetzbuch, sie sind Jurisprudenz im engsten Sinne des Wortes.

Unter den Rechtssätzen, die so aus dem Grundsatze von Treu und Glauben abgeleitet werden müssen, verdient einer eine nähere Betrachtung. Es ist der Satz, daß jeder Teil für die Wahrheit dessen haftet, was er bei Abschluß des Vertrages erklärt. Hat der andere Teil auf Grund dieser Erklärung seine Wertberechnung vorgenommen, so bringen die Entscheidungsnormen den Vertrag mit dieser Wertberechnung zur Geltung. Die sogenannte Erklärungstheorie hat das richtig erkannt. Dieser Rechtsatz ist einer Erweiterung auf den Dritten fähig: wenn ein Dritter durch sein Verhalten die Wertberechnung veranlaßt hatte, gilt der Vertrag gegen ihn so, wie er infolge seines Verhaltens abgeschlossen worden ist. Das ist der Grundsatz des „Vertrauens auf äußere Tatbestände“, wie ihn Wellspacher genannt hat. Eine Anwendung davon ist der Rechtssatz: Hand muß Hand wahren. Er bedeutet, daß der Vertrag, der mit dem Besitzer einer Sache im guten Glauben abgeschlossen worden ist, auch gegen den Eigentümer gelte, der die Sache dem Besitzer anvertraut und so den äußeren Tatbestand gesetzt hatte, auf den hin der gutgläubige Erwerber seine Wertberechnung vornahm. Eine andere Anwendung des Grundsatzes schaffen die öffentlichen Register. In den Registern werden den Parteien die Grundlagen der Wertberechnung von Amtswegen geliefert. Wer durch sein Verhalten veranlaßt hatte, daß das Register unrichtig oder unvollständig ist, kann sein Recht nicht gegen den verfolgen, der seiner Wertberechnung das unrichtige oder unvollständige Register zugrunde legte, er kann sich bestenfalls nur an den halten, der daraus Vorteil zog. Einzelne Rechtssätze führen den Grundsatz des Vertrauens auf äußere Tatbestände noch erheblich über diese Grenze hinaus, sie beruhen jedoch nicht mehr auf Treu und Glauben, sondern auf praktischen Erwägungen, Sicherheit des Verkehrs, des Kredits, dem gesellschaftlichen Gewicht der öffentlichen Urkunde.

Es ist interessant, daß das englische Recht in viel höherem Maße als das festländische in seinen Entscheidungsnormen an der älteren Auffassung des Vertrages als einer bloßen Verfügung festhält. Es

kannte bis auf die neueste Zeit keine Grundbücher — erst seit wenigen Jahren werden probeweise welche eingeführt —, es kannte mit wenigen Ausnahmen (Verkauf on markt overt) bis vor kurzem nicht den Grundsatz Hand muß Hand wahren, der erst durch eine Reihe von Gesetzen in den Jahren 1823 bis 1877 (Factors Acts) und nur für den Handelsverkehr festgelegt worden ist, und es bindet auch die Parteien viel mehr an ihre Erklärung, ohne Rücksicht darauf, ob sie den Voraussetzungen des redlichen Verkehrs entspricht.

Es ist nicht möglich, diese Untersuchung auf andere Arten des Vertrages als den vermögensrechtlichen, zumal auf den familienrechtlichen und öffentlichrechtlichen, auszudehnen. Das kanonische Recht der Ungültigkeitsgründe der Ehe, ein Ergebnis tausendjähriger Erfahrung und tiefer Menschenkenntnis, obwohl heute selbstverständlich im einzelnen veraltet, mag als Probe dafür dienen, was der menschliche Geist auf so schwierigem Gebiete zu leisten vermag. Es wurde in keinem anderen Rechtssysteme erreicht, auch nicht im modernen Eherechte, und nicht im modernen Recht des vermögensrechtlichen Vertrages.

Es ist nun klar, welche Rolle die Gerechtigkeit im Vertragsrechte spielt. Sie führt über den strafrechtlichen Schutz der Vertragstreue durch Wucher- und Betrugsstrafen, man kann wohl sagen, vom Zitelmannschen Vertragsbegriff zum Vertragsbegriff der österreichischen Schule der Volkswirte, vom Vertrage als bloßer Verfügung über den eigenen Besitz oder über die eigene Person aufgefaßt, zum Vertrage, der dazu dient, durch diese Verfügung eine Gegenleistung gleichen Wertes zu erlangen. Dem ursprünglichen Rechte ist der Vertrag bloß ein Mittel, seinen Besitz zu verwerten; je mehr sich das Recht entwickelt, um so mehr erkennt es in ihm ein Werkzeug des redlichen Verkehrs. Selbstverständlich ist der Vertrag auf jeder Stufe nicht nur das erste, sondern auch das letzte, ein Mittel, den Besitz zu verwerten und zugleich ein Werkzeug des redlichen Verkehrs; aber es handelt sich nicht darum, was der Vertrag ist, sondern darum, wie ihn die Entscheidungsnormen durchsetzen. Um den Vertrag als Werkzeug des redlichen Verkehrs auch nur einigermaßen zur Geltung zu bringen, bedurfte es, selbst abgesehen von Fragen des materiellen Rechts, eines so verfeinerten Verfahrens, wie es die Römer erst mit der Entstehung der prätorischen exceptiones und der bonae fidei iudicia erhalten haben: die bloße denegatio actionis, auch wenn sie tatsächlich diesem Zwecke gedient hat, konnte es gewiß nicht leisten. Und selbst heute noch ist das Ziel kaum annähernd erreicht.

Bei dem großen Einfluß, den rein militärische Rücksichten auf die Entwicklung des Erbrechts genommen haben, ist es nicht immer leicht erkennbar, welchen Anteil daran der Gedanke einer gesell-

schaftlichen Gerechtigkeit hatte. Das Erbrecht beginnt überall mit der Hausgenossenschaft: das Vermögen des Verstorbenen, soweit es ihm nicht mitgegeben worden ist, verbleibt den Hausgenossen. Die weitere Entwicklung beruht zunächst, soweit nicht militärische Gesichtspunkte mitspielen, auf einer Fiktion der Hausgenossenschaft: fehlt es an Hausgenossen, so wird der Nachlaß, der sonst erblos geworden wäre, denen angeboten, die Hausgenossen des Verstorbenen waren, oder doch gewesen wären, wenn nicht aufgeteilt worden wäre. Das ist der Grundgedanke des agnatischen Erbrechts. Agnat ist ein wirklicher oder fiktiver Hausgenosse, einer, der Hausgenosse wäre, wenn er oder sein Vorfahr sich nicht abgetrennt hätte. Wenn die Römer sagen, Agnat sei, wer mit dem Verstorbenen unter derselben patria potestas steht oder doch stünde, wenn der Vorfahr noch lebte, so ist das nur ein anderer Ausdruck dieses Gedankens, denn die patria potestas ist die Gewalt des Hausvorstandes über die Hausgenossen.

Das agnatische Erbrecht ist daher kein Verwandtenerbrecht. Sein hausgenossenschaftlicher Aufbau muß selbstverständlich jedem sofort einleuchten, so lange der größte Teil des Volkes in Hausgenossenschaft lebt und die Erbschaften tatsächlich mit wenigen Ausnahmen wirklichen oder gewesenen Hausgenossen zufallen. Aber es wird um so unverständlicher, je mehr die Regel zur Ausnahme wird, je seltener die Hausgenossenschaften, abgesehen unter Eltern und ihren Nachkömmlingen, zu finden sind. Dann muß schließlich der ganze Zusammenhang des agnatischen Erbrechts mit der Hausgenossenschaft dem Gedächtnis entfallen, so daß das agnatische Erbrecht nur als eine, Art höchst launenhaften und irrationellen Erbrechts der Verwandten auf den Mannesstamm beschränkt, erscheint. So faßten es die Römer offenbar schon in republikanischer Zeit, so fassen es auch die modernen Engländer auf. Die Gerechtigkeit fordert nun, daß diese ganz unverständlichen Launen und Zufälligkeiten des Erbrechts beseitigt und zum Erbe einfach die nächsten Verwandten, die nicht aus besonderen Gründen ausgeschlossen sind, berufen werden. So geht das agnatische Erbrecht allmählich in ein Familienerbrecht über. Die Gerechtigkeit des Familienerbrechts leuchtet unmittelbar ein, zumal zu einer Zeit, wo der Erblasser selbst in den bei weitem überwiegenden Fällen das hinterlassene Gut ererbt, also von der Familie erworben hatte. Eine besondere Ausgestaltung hat er in dem sehr verbreiteten Rechtssatze gefunden: paterna paternis, materna maternis. Jedes Gut soll darnach auf den Stamm zurückfallen, von dem es herrührt.

Die Forschungen Fickers haben gezeigt, daß die fiktive Hausgenossenschaft und die Familiengemeinschaft für das ursprüngliche Erbrecht der germanischen Völker bedeutungslos waren. Soweit er nicht durch die wirklichen Hausgenossen gehindert war, verfügte der

freie Mann unter Lebenden frei über sein Vermögen, nach seinem Tode wurde es erblos, wenn es nicht dem Staate oder der Gemeinde zufiel. Dasselbe gilt für die Römer und die Slawen. Das Beispruchsrecht des Agnaten oder Verwandten gehört überall einer späteren Ordnung an. Wenn es daher an rechtswirksamen letztwilligen Erklärungen in der Urzeit fehlt, so liegt das an dem Mangel an Rechtsmitteln, um sie durchzusetzen; aber das Treuhandgeschäft, die vertragsmäßige Vergebung unter Lebenden, mit der bis zum Tode aufgeschobenen rechtlichen Wirksamkeit, wird dadurch nicht gehindert. Die welthistorische Bedeutung des Treuhandgeschäfts wurde in dem schönen Werke von Robert Caillemer auf Grund eines überaus reichen Materiales dargelegt. Das Treuhandgeschäft ist ein Vertrag und die Gerechtigkeit des Treuhandgeschäfts ist dieselbe, wie die des Vertrages: die Verfügung des Besitzers über das, was ihm gehört. Das bleibt der Grundgedanke des letztwilligen Erbrechts auch nachdem bereits das Treuhandgeschäft in eine einseitige letztwillige Erklärung übergegangen ist; der Wille des Besitzers entscheidet über sein Gut, wie beim Vertrage, hier aber sogar über das Grab hinaus. Je mehr das agnatisch ausgestaltete r e c h t e Erbrecht — um diesen von Puchta an Stelle des höchst mißverständlichen g e s e t z l i c h e n Erbrechts vorgeschlagenen schönen Ausdruck wieder zu Ehren zu bringen — zu der in der Gesellschaft zur Herrschaft gelangenden Familienordnung in Gegensatz tritt, um so mehr erlangt die letztwillige Vergabung an Gewicht: bald wird es als Unglück betrachtet, ohne letzten Willen zu sterben. Das finden wir in Rom und auch im germanischen Mittelalter. Seit dem XII. Jahrhundert hat die Kirche dem Testament im eigenen Interesse überall den Weg gebahnt. In der Folge tritt das Bestreben in den Vordergrund, für die Familie, für fromme und öffentliche Zwecke, für das wirtschaftliche Unternehmen zu sorgen.

Mit diesen ziemlich klaren Gerechtigkeitsströmungen im Erbrecht kreuzt sich jedoch eine Reihe von Gedanken, die ganz anderen Ordnungen angehören. In den antiken Stadtstaaten sind die Bauern- und Bürgerstellen zugleich Kriegerlose. Diese sollen durch den Tod der Besitzer nicht an Zahl vermindert, aber auch nicht durch Erbteilungen so geschwächt werden, daß sich der Besitzer davon nicht erhalten könnte. Ähnlich scheint das Erbrecht der Freien bei den Germanen beeinflußt worden zu sein. Daher auch die Beschränkungen des Frauenerbrechts. Den stärksten Ausdruck finden diese militärischen Gesichtspunkte im Erbtochterrechte. Das ganze Lehnrecht ist darauf gerichtet, dem Lehnsherrn für sein Heer einen Reiter in kostspieliger Rüstung zu verschaffen, und diesem Zwecke entspricht das Lehnserbrecht. Über das Erbrecht der Hörigen entscheidet die Wirtschaftsverfassung des Gutshofs und der Wille des Herrn, der

hauptsächlich dafür sorgt, daß die Abgaben und Dienste nicht geschmälert werden: er trachtet das Erbrecht so zu ordnen, daß jeder Hof einen leistungsfähigen Besitzer erhalte. Dann tritt auch der Gesichtspunkt in den Vordergrund, die einzelnen Nachlaßgegenstände denen zuzuweisen, denen sie von Nutzen sein können: die Waffen den Männern, die Gerade den Frauen. Im hohen Adel faßt wiederum der Gedanke Wurzel, das Erbrecht im Interesse der Erhaltung des Glanzes der Familie zu ordnen. In der Bauernschaft lebt hie und da der Grundsatz der Hausgemeinschaft in einer neuen Gestalt fort: der Bauernhof wird von einem der Söhne übernommen, die anderen Erben werden darin als Knechte versorgt. Anderwärts werden die älteren Söhne abgeschichtet und der jüngste, der beim Vater geblieben ist, übernimmt den Hof (Ultimogenitur, Borough English).

Ganz überwiegend unter der Herrschaft solcher Strömungen steht das englische Erbrecht, seit durch den Einfluß der Londoner Gerichtshöfe im XV. Jahrhundert die bis dahin auf die Ritterschaft beschränkte Lehnerbfolge auf alle Klassen ausgedehnt worden ist. Das unbewegliche Vermögen fällt nach Lehnrecht dem erstgeborenen Sohne zu, in dessen Ermangelung dem männlichen Erstgeborenen unter den Kindern des nächsten Verwandten (mit ziemlich verwickelter Berechnung der Verwandtschaftsgrade), während sich für bewegliche Sachen seit etwa zwei Jahrhunderten Verwandtenerbfolge Bahn bricht, verbunden mit dem Erbrecht des überlebenden Ehegatten. Im XVII. Jahrhundert dringt eine nicht einmal durch ein Pflichtteilsrecht beschränkte Testamentsfreiheit durch. Die Anhänglichkeit der Engländer an ihr Erbrecht — sie haben es im XIX. Jahrhundert nur in Nebensachen geändert — ist für den Festländer schwer begreiflich.

In der neuesten Entwicklung des Erbrechts sind nur wenige leitende Gedanken zu entdecken. Im letztwilligen Erbrecht läuft alles in eine, auf dem Festlande durch das Pflichtteilsrecht zugunsten der Nachkommen und der Vorfahren des Erblassers, zuweilen auch zugunsten des überlebenden Gatten beschränkte Verfügungsfreiheit hinaus. Das Pflichtteilsrecht wird als eine Versorgung dieser Personen aufgefaßt, zu denen der Erblasser in einem Verpflichtungsverhältnisse stehe. Das rechte Erbrecht kennzeichnet eine arge Ratlosigkeit. Es scheint fast, als wäre die Meinung die: irgend jemand muß doch das Vermögen nach dem Tode seines Besitzers bekommen, wer es bekommt und was er damit anfängt, ist für das Recht gleichgültig, wenn es nur in der Familie bleibt. Nur im bäuerlichen Erbrecht hat sich in Deutschland wie in Österreich eine entgegengesetzte Strömung Bahn gebrochen: den Bauernhof in einem Zustande und Umfange zu erhalten, der für eine entsprechende Bewirtschaftung Gewähr bietet.

Einen interessanten Versuch, erbrechtliche Fragen tiefer anzufassen, enthält das schweizerische Zivilgesetzbuch.

Trotz alledem sind die leitenden Gerechtigkeitsgedanken des Erbrechts in der geschichtlichen Entwicklung leicht erkennbar. Das Sitzenbleiben auf den hinterlassenen Gütern erweitert sich zu einem Erbrecht der fiktiven Hausgenossen, der Agnaten, und dieses wandelt sich in ein Erbrecht der Familienangehörigen. Ihm tritt das Treuhandgeschäft als Vertrag auf den Todesfall zur Seite, und aus diesem entsteht, sobald die juristische Technik dafür entwickelt genug ist, eine letztwillige Anordnung. Das letztwillige Erbrecht wird nur durch das Erbrecht der Hausgenossen und der nächsten Angehörigen teilweise gebrochen, in England auch durch dieses nicht. Nebenströmungen führen zu einem Erbrecht im Interesse der Erhaltung des Glanzes der Familie, der Bauernwirtschaft, des wirtschaftlichen Unternehmens, zu Begünstigungen der Kirche und anderer öffentlicher Anstalten, zumal in letztwilligen Anordnungen. Das Strafrecht schützt, da das Erbe in Ermangelung der Hausgenossen als herrenlos gilt, zunächst nicht einmal gegen Raub und Diebstahl. Dagegen treten später staatliche Verwaltungsmaßregeln zur Wahrung der Erbenrechte ein (Versiegeln des Nachlasses, gerichtliche Verlassenschaftsabhandlung).

Es ist ein verbreiteter Gerechtigkeitsgedanke, man müsse die Arbeit als schutzwürdiges Gut dem Eigentum gleichstellen. In dem Bibelwort: Der Arbeiter ist seines Lohnes wert, ist er anerkannt, im sozialistischen Recht auf den vollen Arbeitsertrag hat er einen scharfen Ausdruck gefunden, der selbstverständlich als solcher keinen Anspruch darauf erhebt, so lange die heutige Gesellschaftsordnung besteht, durch Rechtssätze verwirklicht zu werden. Aber die Entscheidungsnormen tragen dieser Gerechtigkeit gegenwärtig nicht einmal soweit Rechnung, als sie sich in den Rahmen der heutigen Gesellschaftsordnung leicht einfügen ließe, und daran trägt wieder, wenigstens zum großen Teile, die Schwierigkeit Schuld, den Rechtssatz entsprechend zu fassen. So steht insbesondere gegen den, der sich durch fremde Arbeit bereichert hat, ein Anspruch, ähnlich dem Anspruch auf Ersatz der Bereicherung durch fremdes Eigentum nur in den seltensten Fällen zu. Nur für eine einzige Art, für die schöpferische geistige Arbeit, sind durch die vereinten Bemühungen der Juristen fast aller gesitteten Völker die gerade hier ungeheueren Widerstände zum großen Teile bereits überwunden und ein gutes Stück der Aufgabe glücklich gelöst. Ihr verdanken wir das Urheberrecht und den strafrechtlichen Schutz des geistigen Eigentums. Allerdings bleibt noch vieles zu tun übrig. So handelt es sich gegenwärtig in Frankreich darum, dem Künstler auch einen Anteil an der Wertsteigerung

zu verschaffen, die seine oft zu Spottpreisen verkauften Werke nachträglich, nachdem er berühmt geworden ist, erhalten. Die Gerechtigkeit wird wenig bestritten, aber es gelingt nicht, die technische Lösung zu finden. Das Mittel, das man vorschlägt, dem Künstler und nach seinem Tode seinen Angehörigen, zwei vom Hundert des bei öffentlichen Versteigerungen erzielten Preises von Rechtswegen unverzichtbar zuzubilligen, ist offenbar ganz unwirksam. Das richtige wäre wohl, ihm ein Vorkaufsrecht an seinem Werke einzuräumen, aber auch da häufen sich die Schwierigkeiten um so mehr, je näher man an die Sache herantritt.

Unter dem Antriebe der Gerechtigkeitsgedanken entstehen daher Rechtssätze, die immer reicher und mannigfaltiger die Gesellschaft mit Abwehrmitteln gegen Angriffe auf ihre Ordnung versehen; es handelt sich dabei immer nur um ein Ausgestalten des bereits vorhandenen, nicht um ein eigentliches Umgestalten. Persönlichkeit, Herrschaft, Besitz erhalten sich bereits durch die innere Ordnung der Gesellschaft: sie werden geschützt, zunächst durch Strafdrohungen, dann durch Schadenersatzansprüche, schließlich, zumal der Besitz, auch durch den rechtsverfolgenden und den Bereicherungsanspruch. Der Vertragsanspruch verwirklicht immer besser den dem Vertrage von Anfang an eigenen Zweck, die Verfügung über den Besitz dafür zu verwenden, um damit eine Gegenleistung zu erwerben, und beim Kreditaustausch und Gebrauchsbeschaffungsvertrage auch, um einen gleichen Wert zu erhalten. Der gerichtliche und staatliche Schutz des Erbrechts führt, soweit er auf die Gerechtigkeit zurückgeht, ebenfalls nur eine Reihe von Gedanken durch, die bereits im Leben vorhanden sind: das Erbe ist zunächst der Vorrat, aus dem sich die Hausgenossen und die nächsten Angehörigen des Verstorbenen erhalten. Darüber hinaus gehört es der Familie des Verstorbenen; die Verfügung des Verstorbenen über sein Erbe wirkt über dessen Tod hinaus. Daß der Schutz der geistigen Arbeit durch Rechtssätze und Rechtsmittel sich erst in den letzten Jahrhunderten einstellt, liegt daran, daß sich die geistige Arbeit nicht früher ihre Stellung in der Gesellschaft erkämpft hat. Insoweit ist also das ganze, auf der Gerechtigkeit beruhende Recht nur ein Ausdruck der bestehenden Tatsachen des Rechts, der gesellschaftlichen Statik. Dieser Gerechtigkeit steht aber eine andere Gerechtigkeit, als gesellschaftliche Dynamik gegenüber. In ihr hat sich die Erkenntnis Bahn gebrochen, daß der Rechtssatz nicht nur das Bestehende zu erhalten vermag, sondern für die Gesellschaft auch ein Mittel ist, die Verhältnisse in den einzelnen Verbänden in ihrem Sinne zu ordnen. Die mächtigen Triebkräfte dieser Dynamik sind der Individualismus und der Gemeinschaftsgedanke. Durch gerichtliche Erkenntnisse und behördliche Eingriffe sollen die bestehenden Tatsachen des Rechts

verschoben oder aufgehoben und dadurch die Gesellschaft in einer bestimmten Richtung bewegt werden.

Die Bedeutung des Individualismus und des Gemeinschaftsgedankens für die Rechtsentwicklung habe ich in meiner Schrift über die Rechtsfähigkeit so ausführlich behandelt, daß ich im wesentlichen darauf verweisen kann. Hier kommt es nur auf die Wirkung des Individualismus auf die Entscheidungsnormen an. Der Individualismus gipfelt in dem Grundsatze, jeder Mensch sei Selbstzweck und keiner Macht untertan, die ihn nur als Mittel für ihre Zwecke gebrauchen würde: weder einer Herrschaft, die ihn einem fremden Einzelwillen unterwirft, noch einem Verbande, in dem er nicht sich selbst, sondern nur dem Ganzen diente. Das Gerechtigkeitsideal des Individualismus ist der Einzelne und sein Eigentum, der Einzelne, der frei über sein Eigentum verfügt, über sich keinen Herrn hat als den Staat, und durch nichts gebunden ist als durch die von ihm frei eingegangenen Verträge. Der Individualismus löst daher alle hergebrachten Abhängigkeitsverhältnisse, die Sklaverei, die Herrschaft und die Untertänigkeit, und beseitigt oder schwächt wenigstens die familienrechtlichen Gewalten. Die eheherrliche Gewalt stirbt unter seinem Einflusse ab, die Ehe selbst wird durch die erleichterte Scheidung erheblich gelockert, die väterliche Gewalt, die Vormundschaft und Pflegschaft werden allmählich aus einem selbstnützigen Herrenrecht ein Amt, das im Interesse des ihm Unterworfenen auszuüben ist. Diese Entwicklung, im österreichischen bürgerlichen Gesetzbuch schon im Anfang, und im schweizerischen Zivilgesetzbuch am Ende des XIX. Jahrhunderts vollendet, soll in Frankreich erst durch die Neufassung des Code civil zum Abschluß gebracht werden, während sich im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch dafür nur einzelne Ansätze finden. Nachdem so die Verbände, in die der Einzelne von Gesellschaftswegen eingegliedert erscheint, gelöst und zerstört werden, verbleiben als Bindeglieder zwischen dem Einzelnen und der Gesellschaft nur noch das Eigentum, der Vertrag und der Staat, dem auch der Individualismus das unbeschränkte Recht zugesteht, den Einzelnen als Mittel für seine Zwecke zu gebrauchen. Zwischen dem Staat und dem Einzelnen stehen allein solche Gemeinschaften, die der Staat als seine Anstalten errichtet oder zu behandeln sucht (Gemeinde, Land, Kirche) und solche, denen der Einzelne sich freiwillig durch Beitritt oder Vertrag anschließt (Vereine, Gesellschaften). Alle Rechte, die dem Einzelnen zukommen, werden durch Entscheidungsnormen zu individuellen Rechten umgestempelt, zu dinglichen Rechten oder Forderungen. Das gilt sogar von dem althergebrachten Gemeinschaftsrecht in der Familie: das Recht auf den Unterhalt wird zu einer Forderung des Unterhalts. In bezeichnender Weise bestimmt das

deutsche bürgerliche Gesetzbuch, der Unterhalt werde in der Regel in einer Geldrente gewährt. Diese vielbelächelte Vorschrift ist als solche im Systeme des Gesetzbuchs ganz berechtigt; denn wenn der Unterhalt gerichtlich zugesprochen werden soll — und um diesen Fall handelt es sich ganz überwiegend im individualistischen Privatrecht —, so wird das in der Regel in der Form einer Geldrente geschehen. Pflichten für den Einzelnen bestehen im allgemeinen kraft Entscheidungsnormen nur, wenn sie der Einzelne vertragsmäßig übernommen oder durch Schuld auf sich geladen hat.

Das individualistische Sachenrecht strebt der Freiheit des Eigentums zu, die es aus allen Beziehungen und Rücksichten der Gemeinschaft loszählt. Das individualistische Vertragsrecht fordert Vertragsfreiheit, allerdings soweit beschränkt, daß der Einzelne nicht über seine Person verfügen kann, da die Person dem Individualismus stets als unverletzlich galt. Das individualistische Erbrecht gipfelt darin, die Erben, die berufen werden, möglichst gleich zu behandeln, und so möglichst viele mit Eigentum und Vertragsfreiheit ausgestattete Einzelne der Gesellschaft zu liefern. Das individualistische Staatsrecht stellt den Einzelnen unmittelbar dem Staate gegenüber: sein letzter Ausdruck ist das allgemeine Stimmrecht. Jede Form des beschränkten Stimmrechts ergab bisher immer ein mehr oder weniger verschleiertes Stimmrecht des Haushalters oder Familienhauptes: im allgemeinen Stimmrecht verschwindet das, der Staat erscheint auch äußerlich sichtbar aus Einzelmenschen erbaut. Mit dem Frauenstimmrecht würde diese staatsrechtliche Auflösung des Hauses und der Familie in Einzelne als seine Bestandteile nahezu vollendet sein. So aus allen Zusammenhängen gerissen, im wesentlichen nach gleichen Entscheidungsnormen beurteilt, gelten die Menschen dem Rechte gleich.

Die weltgeschichtliche Bedeutung des Individualismus beruht darauf, daß er nicht bloß Rechtssätze gebildet hat, sondern durch die Rechtssätze unmittelbar die Tatsachen des Rechts ergriff. Er hat die Übungen in den Verbänden beseitigt, indem er die Verbände aufhob, er hat sie geändert, indem er das Gefüge der Verbände änderte, insbesondere die Familie lockerte und den Staat in ein ganz neues Verhältnis zum Einzelnen brachte, er hat aber insbesondere die Herrschaften in der Familie und in Herrschaftsverbänden bei allen gesitteten Völkern tödlich getroffen. Er hat durch die Eigentumsfreiheit, und die Grundentlastung in deren Gefolge die Besitzverhältnisse vom Grunde aus umgestaltet, durch die Vertragsfreiheit Handel und Wandel von unzähligen Fesseln befreit, durch die Gewerbefreiheit, die nur eine Teilerscheinung der Eigentums- und Vertragsfreiheit ist, den Schwerpunkt der Vermögensbildung in den be-

weglichen Besitz verlegt. Aber gerade die ungeheuere Mächtigkeit der Umwälzung zeugt am besten davon, daß die Rechtssätze nur durch die elementaren gesellschaftlichen Kräfte gewirkt haben, denen sie selbst ihr Entstehen verdankten.

Dem Individualismus ist im XIX. Jahrhundert der Gemeinschaftsgedanke gegenübergetreten. Soweit er im Sozialismus oder Kommunismus Ausdruck gefunden hat, gehört er nicht in diesen Zusammenhang, denn in dieser Form war er auf die heutige Rechtsbildung ohne Einfluß. Andere, gemäßigtere Fassungen haben jedoch, zumal in den letzten Jahrzehnten, fast auf allen Rechtsgebieten große Bedeutung erlangt.

Der Gemeinschaftsgedanke bedeutet vor allem den Gegensatz zum Einzelgedanken, dessen Vorkämpfer der Individualismus ist. Nach dem individualistischen Einzelgedanken soll jeder für sich selbst sorgen, indem er sein Eigentum und seine Arbeit so gut verwertet, als er kann. Aber der Individualismus hat es selbst in seiner größten Machtentfaltung nicht verhindern können, daß Gemeinschaften entstanden und fortbestanden, in denen wenigstens bestimmte Ansprüche der Angehörigen von der Gesamtheit nach ganz andern Grundsätzen befriedigt wurden. In der Hausgenossenschaft der Familie, in den Körperschaften, in gemeinnützigen Anstalten, im Staate, soweit er eine militärische, eine Beamten- oder Wohlfahrtsgemeinschaft ist, gibt es keine nach Eigentum und Vertrag abgezirkelten Leistungen und Gegenleistungen: die Einzelnen leisten nach Kräften und Fähigkeiten und erhalten nach ihren Bedürfnissen. Der Gemeinschaftsgedanke strebt nicht, wie der Sozialismus oder Kommunismus die ganze Gesellschaft nach solchen Grundsätzen aufzubauen, wohl aber in die Gesellschaft einige der Grundsätze einzuführen, die bereits in den vorhandenen Gemeinschaften verwirklicht erscheinen. An Stelle der freien Verwertung des Besitzes und der Arbeit durch Vertrag soll eine Ordnung treten, in der der Einzelne wenigstens im Notfall für die Gesamtheit nach Kräften und Fähigkeiten leisten und die Gesamtheit für den Einzelnen wenigstens im Notfalle aufkommen würde.

Der Ausgangspunkt ist der große innere Widerspruch, an dem der Individualismus leidet. Trotz des Bestrebens, die Menschen gleich zu behandeln, läßt dieser doch einige der größten Ungleichheiten notwendigerweise bestehen, vor allem die des Vermögens, die durch die Rechtsgleichheit nur verschärft wird. Je mehr reich und arm nach denselben Rechtssätzen behandelt wird, um so mehr gewinnt die Überlegenheit der Reichen an Gewicht. Im Gegensatze zum Sozialismus sucht die vom Gemeinschaftsgedanken ausgehende gesellschaftliche Bewegung nicht die Ungleichheit zu beseitigen, sondern bloß sie zu

mildern. Sie will der tatsächlichen Überlegenheit des Reichen ein Gegengewicht schaffen durch gesellschaftliche Einrichtungen und durch Rechtssätze, die der übermäßigen Ausnützung der Überlegenheit einigermaßen Schranken auferlegen.

Trotz ihres scheinbaren Widerstreits ist sowohl der Individualis- als auch der Gemeinschaftsgedanke doch nur Ausdruck einer Gegenströmung gegen eine durchaus auf den Besitz gegründete Rechtsordnung. Der Besitz gibt dem Besitzer die Möglichkeit, über die wirtschaftlich nutzbaren Naturkräfte allein zu bestimmen, und das ist der Sinn nicht nur des Besitzrechts, sondern fast aller anderen Rechtseinrichtungen. Seinem inneren Wesen nach ist jeder Vertrag, auch der Arbeitsvertrag, nur ein Verwerten des Besitzes durch Verfügung; zwar verfügt der Arbeiter nicht über einen Besitz im engeren Sinne, sondern über seine körperliche und geistige Kraft, aber doch nur, damit der Besitzer von Arbeitsmitteln seine Arbeitskraft erwerbe und durch sie seinen Besitz befruchte. Die Familie, sie mag, wie in der Vergangenheit, und noch heute beim Bauer, zugleich der Gütererzeugung und dem Güterverbrauch, oder, wie gegenwärtig überwiegend, nur dem Verbrauche dienen, wird durch den Besitzer zusammengehalten und erhält durch den Besitz ihren Inhalt. Der Staat und die öffentlichen Körperschaften sind Organe einer auf Besitz beruhenden Gesellschaft, andere Gemeinschaften bestehen für die Verwaltung und Verwertung gemeinsamen Besitzes für gemeinsame Zwecke, die freilich auch ideale Zwecke sein können. Mit dem Besitz waren jedoch in der Sklavenhaltergesellschaft und in der feudalen Gesellschaft, in Europa bis zu ihren Ausläufern im XIX. Jahrhundert, und in der Familie bis in die Gegenwart Herrschaftsrechte verbunden, die vom Besitzer teils unmittelbar, teils durch den Staat und öffentliche Körperschaften, vom Besitzer der Arbeitsmittel auch durch Zünfte ausgeübt wurden. Dagegen kämpfte der Individualismus an; die Freiheit des Eigentums und des Vertrages, die er fordert, bedeuten nur, daß sich an den Besitz keine Herrschaftsrechte knüpfen dürfen. Da sich davon heute nur noch im Staat und Familie Reste erhalten haben, so ist die historische Aufgabe des Individualismus nahezu vollendet. Der Gemeinschaftsgedanke greift tiefer, er ist nicht gegen die unmittelbare Herrschaft, sondern gegen das mittelbare Herrenrecht des Besitzers gerichtet, zumal gegen die Art der Unterwerfung der Person, die als Folge des ausschließlichen Verfügungsrechts des Besitzers über Naturkräfte erscheint. Diesem Herrenrecht sucht der Gemeinschaftsgedanke zum Teile dadurch entgegenzuwirken, daß er neue, durch Staat oder Gesellschaft geschaffene Gemeinschaften anstrebt oder die bereits bestehenden durch Staat oder Gesellschaft gefördert wissen will; dadurch soll der Einzelne im Kampfe ums Dasein einen Rückhalt er-

halten (Koalitionsfreiheit, Gewerkvereinsbewegung, gemeinnützige Vereine). Zum anderen Teile soll es geradezu durch den Staat geschehen, diese größte, allumfassende Gemeinschaft, der kräftiger als bisher durch seine Gesetzgebung und seine Behörden zugunsten der in der Besitzordnung Benachteiligten eingreifen möge. Der Staat schränkt die Rechte des Besitzers ein, soweit sie der Person oder fremdem Eigentum gefährlich werden könnten (Erweiterung der Haftpflicht für Schaden, gewöhnlich bis zur höheren Gewalt) und legt ihm besondere Pflichten gegen seine Arbeiter und Angestellten auf (Arbeiterschutzgesetzgebung im engeren Sinne). Wie schon die alte Wuchergesetzgebung dem Besitzer von Geld und Verbrauchsgegenständen zu verwehren suchte, seinen Besitz zur Ausbeutung im Kreditvertrage zu verwenden, so verbietet der Staat jetzt dem Besitzer von Arbeitsmitteln gewisse Arten der Ausbeutung im Arbeitsvertrage (Beschränkung der Frauen- und Kinderarbeit, des Arbeitstages, Sonntagsruhe, Verbot des Trucksystems). Er nötigt den Besitzer von Arbeitsmitteln einen größeren Teil des Arbeitsertrages dem Arbeiter zukommen zu lassen (Lohnpolitik, Minimallohn in England, Australien, Neuseeland). Er verwendet einen Teil des Ertrages der Volkswirtschaft für die besitzlosen Volksklassen (Altersrenten, Sozialversicherung, gemeinnützige Staatsanstalten, gemeinnütziges Erbrecht des Entwurfs des Schweizer Gesetzbuchs, staatliche Wohnungspolitik). Er zieht ein Stück der Gütererzeugung an sich, damit Nutzen und Ertrag allen Schichten der Bevölkerung zugute komme (Verstaatlichungsbewegung). Dieselbe Bedeutung hat es übrigens, wenn die Gemeinden in dieser Weise vorgehen (Munizipalsozialismus). Und auch beim Gemeinschaftsgedanken zeigt es sich, daß die Welt nicht durch Rechtssätze regiert wird. Auch er wirkt nur, indem er Verbände ins Leben ruft, den Besitz belastet, die Vertragsfreiheit einschränkt, also Tatsachen des Rechts schafft.

Der soziale Gerechtigkeitsgedanke hat daher den Gerechtigkeitsgedanken des Individualismus nicht aufgehoben, sondern erfüllt. So sehr sich Individualismus und Gemeinschaftsgedanke auch bestreiten mögen, im Lauf der Geschichte grenzen sie allmählich die Gebiete voneinander ab, wo sie berechtigt erscheinen. Auch der Individualismus muß der Gemeinschaft, zumal dem Staate, soviel einräumen, als er braucht, um dem Einzelnen gerecht zu werden, auch der Gemeinschaftsgedanke muß die Gemeinschaft dadurch rechtfertigen können, daß er dem Einzelnen eine bessere Gegenwart oder mindestens eine bessere Zukunft verheißt, als sie dieser als Vereinzelter haben könnte.

Individualismus und Gemeinschaftsgedanke beschränken sich nicht auf das Rechtsgebiet. In der Kunst und Literatur, in der Philosophie

und Ethik, wohl auf allen Gebieten menschlicher Betätigung haben sie sich geltend gemacht. Und auch im Rechtsleben sind sie gewiß zu jeder Zeit wirksam gewesen. Der Individualismus des römischen, der „soziale Zug“ des mittelalterlichen deutschen Rechts sind noch vor kurzem Modeworte gewesen, obwohl es an sozialen Zügen im römischen und an individualistischen im deutschen Rechte gewiß nicht fehlt, und der äußerliche Eindruck an den Entwicklungsstufen liegt, den die Beurteiler beider Rechte ausschließlich ins Auge fassen. Wie mächtig der Gemeinschaftsgedanke im russischen Recht lebt, lehrt jede Schrift über die Artele. Wo immer mehrere Russen zusammen etwas vornehmen, selbst wenn sie nur zusammen auf die Jagd gehen, schließen sie einen Artel, eine Gemeinschaft. Aber seit zwei Jahrhunderten ist bewußt zuerst der Individualismus, dann der Gemeinschaftsgedanke treibende Kraft der Rechtsbildung geworden. Sie haben nicht bloß Rechtssätze veranlaßt, sie haben durch die Rechtssätze auch das menschliche Handeln mächtig beeinflußt, durch sie ist zweifellos viel neues lebendes Recht entstanden. Vieles am Werke des Individualismus hat berechtigte Kritik herausgefordert, aber auch manches, was der Gemeinschaftsgedanke zustande brachte, hat sich nicht bewährt; es scheint, daß wir jetzt wieder vor einer individualistischen Welle stehen, die wohl bald von der anderen abgelöst werden wird. Diese beiden Gerechtigkeitsgedanken ziehen die Menschheit wie auf den Gewinden einer Schraube immer und immer wieder in die Höhe.

Unter all den bisher beschriebenen Gerechtigkeitsgedanken war vielleicht nicht ein einziger, dem nicht im Laufe der geschichtlichen Entwicklung ein Gegner erstanden wäre, der mit demselben Brustton echter Überzeugung das Entgegengesetzte als das einzig Gerechte verfochten hätte. Das gewährt einen tiefen Einblick in das Wesen der Gerechtigkeit. Es gibt kaum einen Grundsatz, der in einem weiteren Umfange als gerecht anerkannt wäre, wie die „Heiligkeit“ des Eigentums. Man braucht aber nicht erst auf den Hohn der Sozialisten hinzuweisen über die Heiligkeit des Eigentums, „von der die am meisten reden, denen sonst nichts heilig ist“. Es genügt, zu erinnern, daß man bis zu einem gewissen Grade wenigstens die Enteignung im öffentlichen Interesse ebenso allgemein für gerecht hält, wie das Eigentum selbst. Das wäre allerdings an und für sich noch nicht überzeugend. Aber eine eingehendere Betrachtung der modernen Rechtsentwicklung zeigt, daß die allgemein verlangten und tatsächlich erfolgenden, ganz offen oder kaum notdürftig verschleierten staatlichen Enteignungen im öffentlichen Interesse bereits so häufig und so umfangreich geworden sind, daß der Grundsatz schon jetzt in sein Gegenteil verkehrt erscheint, und jeder staatliche Eingriff in das Eigentum,

wenn er nur irgendwie durch Berufung auf das öffentliche Interesse gedeckt erscheint, als gerecht empfunden wird. Die Erscheinung selbst ist aber gar nicht neu, denn selbst ein Mann von dem unendlich feinen Rechtsgefühl eines Adam Smith verteidigt die unglaublichen Konfiskationen der Navigationsakte als gerecht, weil sie im Interesse der britischen Seemacht gelegen seien. Nicht anders verhält es sich mit dem Vertrage. Es ist gerecht, daß jeder durch den Vertrag so gebunden ist, wie er ihn vereinbart hat, aber es wird auch jeden Augenblick im Namen der Gerechtigkeit verlangt nach neuen Beschränkungen der Vertragsfreiheit im Interesse der öffentlichen Sittlichkeit, der persönlichen Freiheit, der Sozialpolitik, der Ehrlichkeit in Handel und Wandel. Über das Vertrauen auf äußere Tatbestände mit bezug auf den Grundsatz Hand muß Hand wahren meint Anton Menger, es werde damit „das gesamte Nationalvermögen einer beschränkt, aber stetig wirkenden Enteignung zugunsten der Sicherheit des Verkehrs preisgegeben". Auch den Individualismus im Familienrecht bekämpft derselbe Anton Menger, gewiß ein höchst radikaler Neuordner: die Familie sei in der heutigen Gesellschaft fast die einzige Stätte, wo noch Liebe und Hingebung gepflegt werden, und es liege im Interesse der besitzlosen Volksklassen, daß sie aufrecht erhalten und gekräftigt werde. Nichts scheint den meisten Menschen gerechter, als das gleiche Erbrecht aller Kinder des Verstorbenen, und die Gesetzgebung der französischen Revolution konnte sich in ihrer Durchführung gar nicht Genüge tun, und doch habe ich mich selbst überzeugt, daß die deutsch-österreichische Bauernschaft das bei ihr herrschende Anerbenrecht, bei dem alle Kinder überall bis auf den Anerben auf einen karg bemessenen Pflichtteil gesetzt werden, als gerecht betrachtet. Nicht einmal die benachteiligten Kinder beklagen sich darüber. Es handelt sich bei alledem keineswegs darum, einen allgemeingültigen Grundsatz im einzelnen heilsamen Beschränkungen zu unterwerfen. Es handelt sich darum, daß oft genug gleichzeitig das gerade Entgegengesetzte als gerecht empfunden wird, manchmal in verschiedenen Schichten, in entfernten Kreisen, ebenso häufig aber auch von zwei einander sehr nahestehenden Menschen. Von den zwei Parteien im Prozesse sind regelmäßig beide von der Gerechtigkeit ihrer Sache überzeugt, dürfen es wohl auch sein, denn sie rufen eben beide verschiedene Gerechtigkeiten an.

Aber eine eingehende Betrachtung der Tatsachen der Rechtsgeschichte gestattet uns in der bunten Mannigfaltigkeit der Erscheinung überall eine deutliche Entwicklungslinie abzulesen. Unter den verschiedenen, miteinander kämpfenden Gerechtigkeitsgedanken war doch immer e i n e r siegreich gewesen, und es waren keineswegs historische Zufälligkeiten, sondern eine innere Gesetzmäßigkeit, die den Sieg

13*

gelenkt hatte. Wie überall sonst im Weltall, so ist auch in der Gesellschaft im Gestern das Heute, im Heute das Morgen enthalten; auf dem Rechtsgebiete ist die Gerechtigkeit der Gedanke von heute, der sich von dem gestrigen, und der Gedanke von morgen, der sich vom heutigen ablöst. Das rechtliche Heute und das rechtliche Morgen, in der Gesellschaft geboren, muß, um Rechtssatz zu werden, von der vorausdenkenden und vorausfühlenden Persönlichkeit gestaltet werden. Darauf beruht jede Jurisprudenz, jede Gesetzgebungspolitik und auch jede der bisherigen Rechtsphilosophien. Allerdings sind wir alle bisher nicht viel besser daran als die Kräuterkundigen vergangener Jahrhunderte, bei denen tausendjährige Erfahrung der Menschheit ein Ahnen, aber doch nicht mehr als ein Ahnen der den verschiedenen Gewächsen innewohnenden Heilkraft eingegeben hatte; dem modernen, wissenschaftlich gebildeten Arzt wird der Jurist und der Gesetzgeber erst allmählich ähnlicher werden, in dem Maße als die Soziologie die Entwicklungsgesetze der menschlichen Gesellschaft aufzuzeigen imstande sein wird. Dafür gibt es in der Gegenwart nur in der Volkswirtschaftslehre einige bescheidene Ansätze.

XI.

Die römische Jurisprudenz.

Jedem, der ein Gesetz mit einem darüber geschriebenen juristischen Werk verglichen hat, wird es aufgefallen sein, daß das Buch das Gesetz an Umfang um ein vielfaches, manchmal sogar um mehrhundertfaches übersteigt. Es liegt gewiß sehr nah, nach dem Grunde dieser Erscheinung zu fragen. Wie konnte über ein so kurzes Gesetz ein so dickes Buch geschrieben werden? Wird diese Frage gestellt, so haben die Juristen eine ganz annehmbare Antwort gleich bei der Hand. Jedes Gesetz, es mag noch so klar und ausführlich sein, läßt vielen Zweifeln Raum; diese Zweifel zu lösen, sei die Aufgabe der juristischen Literatur. Nun, die Zweifel müssen recht ausgibig sein, wenn sie nur in Werken zu lösen sind, die viel umfangreicher sind als die Gesetze selbst. Da ist doch wohl die andere Frage berechtigt: warum werden denn die Gesetze nicht so gefaßt, daß keine Zweifel übrig bleiben? Gewonnen ist doch bei der heutigen Methode nichts, wenn man, um sich über alles, was das Gesetz anordnet, Klarheit zu verschaffen, erst nach einem Buch greifen muß, das darüber geschrieben worden ist. Entweder sollten also die Gesetze ausführlicher sein oder die juristische Literatur ist überflüssig.

Einst dachten auch die Juristen so. Sie suchten die Gesetze so ausführlich zu fassen, daß Zweifel über ihren Sinn gar nicht mehr möglich wären. Der Erfolg war zunächst, daß die Gesetze dicker wurden; aber die juristischen Bücher wurden deshalb nicht dünner. Mit der Zeit kam man darauf, daß jedes Wort, das man einem Gesetz hinzufügt, eben nur zu neuen Zweifeln Anlaß gibt. Heute neigen fast alle einsichtigen Juristen der Ansicht zu, je kürzer, je wortkarger ein Gesetz, um so besser sei es. Die landläufige Antwort auf die Frage, warum das, was die juristischen Bücher bringen, nicht schon im Gesetz enthalten sei, kann daher unmöglich befriedigen.

Bei tieferm Eindringen überzeugt man sich in der Tat, daß der Unterschied zwischen Gesetz und einem Werk, das sich mit dem Gesetz befaßt, nicht ein quantitativer, sondern ein qualitativer ist: nicht ein Mehr, sondern ein anderes bringen die juristischen Bücher. Sie enthalten eben die juristische Kunstlehre, die praktische Juris-

prudenz. Eine Kunstlehre gehört nicht in das Gesetz. Nimmt man sie in das Gesetz auf, wie von denen versucht worden ist, die alles im Gesetz selbst geben wollten, so verliert sie sofort ihre Eigenart: es entsteht ein Zwitterding, das die Kunst nicht fördert, das Gesetz aber verunstaltet und nicht selten auch in seiner Wirkung schädigt.

Die praktische Jurisprudenz, von der hier allein die Rede sein soll, ist die Kunst, das Recht den besonderen Bedürfnissen des Rechtslebens dienstbar zu machen. Sie ist daher etwas ganz anderes als die Wissenschaft vom Recht. Obwohl soviele Arten der Jurisprudenz möglich wären, als es Bedürfnisse des Rechtslebens gibt, so haben doch nur zwei Zweige dieser Kunst eine größere Bedeutung erlangt: Die richterliche Jurisprudenz, die vom Bedürfnisse nach Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten ausgeht, und die Kautelarjurisprudenz, die Jurisprudenz der Urkundenverfassung. Ganz trennen lassen sich die beiden Zweige nicht, denn für die Urkundenverfassung kommt die Frage sehr in Betracht, wie ein Rechtsstreit, zu dem die Urkunde Anlaß geben könnte, entschieden werden müsse, während sich die richterliche Jurisprudenz fortwährend die Frage vorlegen muß, wie Rechtsstreitigkeiten, die sich an Urkunden knüpfen, zu behandeln wären. Die richterliche Jurisprudenz war aber immer die führende und wird oft als die einzige betrachtet; sie ist auch die ältere, da sich die Urkundenverfassung jedenfalls erst auf höheren Entwicklungsstufen einstellt. Von ihr wird daher jede wissenschaftliche Darstellung der Jurisprudenz ausgehen müssen.

Nicht dem Bedürfnis, das vorhandene Recht kunstgemäß anzuwenden, sondern dem Bedürfnis, ein Recht so zu bilden, daß es sich für die praktische Rechtsanwendung eignet, verdankt die erste Jurisprudenz ihren Ursprung. Das Recht als Regel des Handelns, das Recht im Sinne einer gesellschaftlichen Ordnung, ist allerdings ebenso alt wie die Gesellschaft: aber dieses Recht entsteht nie urwüchsig in der Form, daß es unmittelbar als Entscheidungsnorm dienen könnte, und genügt nicht für die Entscheidung aller vorkommenden Rechtsfälle. Die älteste Aufgabe des Juristen ist also, das gesellschaftliche Recht zu Entscheidungsnormen zu verarbeiten und auch darüber hinaus die Entscheidungsnormen zu finden, die man für den Rechtsstreit braucht. Eine staatliche Gesetzgebung oder Rechtsbildung gibt es auf dieser Entwicklungsstufe noch nicht und wird es in einem irgendwie in Betracht kommenden Maße noch lange nicht geben. Der Jurist ist noch nicht ein staatliches, sondern ein gesellschaftliches Organ: er erfüllt seine Aufgabe als Rechtsfinder nicht kraft staatlichen Auftrages, sondern auf Grund des Ansehens und des Vertrauens, das er in der Gesellschaft genießt, ebenso wie der Wahrsager und der

Medizinmann. Daß er in der Regel (wie es scheint, nicht immer), ein Priester ist, beweist nicht einen besonderen engen Zusammenhang des Rechts mit der Religion, denn auch die anderen Künste und Wissenschaften werden vorzüglich von der Priesterschaft gepflegt, die Heilkunst, die Musik, die Poesie. In der noch ungegliederten Gesellschaft ist eben die Priesterschaft die Trägerin des gesamten geistigen Lebens.

Eine solche Jurisprudenz ist notwendigerweise in jeder Gesellschaft vorhanden, die irgendwelche Gesittung erlangt hat; auf besonders günstigem Boden, der unter anderem in Griechenland nie, in Rom und Island in größtem Maße vorhanden war, vermag sie sich üppig zu entfalten. Zu den ältesten Aufgaben des Juristen kommen auf höheren Stufen der rechtlichen und gesellschaftlichen Entwicklung noch manche andere hinzu: die Kenntnis des bereits vorhandenen Rechts, eine tiefere Einsicht in die immer mehr sich entwickelnde menschliche Natur und in die immer verwickelter werdenden menschlichen Verhältnisse, die Fähigkeit, das vorhandene Recht in einen dem Bedürfnis entsprechenden Rechtssatz zu fassen, die Fähigkeit, bei einem aufkommenden praktischen Bedürfnis die richtige Lösung zu finden und die juristischen Kenntnisse für die Lösung praktischer Aufgaben zu verwerten. Im Laufe der geschichtlichen Entwicklung tritt von diesen Eigenschaften die eine oder die andere in den Vordergrund: mit größtem Nachdruck muß es aber gesagt werden, daß es erst die festländische Auffassung der letzten zwei oder drei Jahrhunderte ist, die in der Jurisprudenz nichts anderes finden will, als die Kenntnis des geltenden Rechts und Verwertung dieser Kenntnis für praktische Aufgaben. Von den weisen Männern in der Gerichtsszene auf dem Schilde des Achilleus wird nicht erwartet, daß sie nach irgendwelchen bereits feststehenden Regeln vorgehen, sondern daß sie infolge ihrer tieferen Kenntnis des Menschen einen Spruch finden werden, der den Streit wegen der Buße für den Getöteten schlichten wird. Die zehn Männer, die die XII Tafeln zusammengestellt haben, oder die anderen vier, die per tres mallos die lex Salica vortrugen, sollten das, was bereits vom Rechte zum Bewußtsein gelangt ist, in kurze, klare Rechtssätze zusammenfassen, und wo es an solchen fehlte, zweckmäßig und kunstgerecht das bekannte Recht ergänzen. Dasselbe war auch Sache des skandinavischen Rechtssprechers und jedes anderen Rechtsaufzeichners in der Vergangenheit. Es fehlte in diesen Zeiten an der erforderlichen wissenschaftlichen Schulung, um die Grenze zwischen Rechtszusammenfassung und Rechtsschöpfung mit der Strenge und Klarheit zu ziehen, wie das jetzt an den juristischen Fakultäten, allerdings nur an diesen, vorausgesetzt wird. So ist die Jurisprudenz in der Geschichte eigentlich das alles:

Rechtskenntnis, Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung; und ihrem Wesen nach ist sie es bis in die Gegenwart geblieben.

Die Stellung der Jurisprudenz in der Rechtsentwicklung ist in ihrem großen historischen Zusammenhange bisher nie untersucht worden; nur das bereits mehrmals erwähnte Werk von Lambert, La fonction de droit civil comparée, enthält einen Versuch in dieser Richtung, der jedoch seinem Zwecke nach der Klärung eines anderen Vorwurfs dienen soll. Die Jurisprudenz hat sich bisher immer nur im Anschluß an ein bestimmtes geltendes Recht entwickelt, und es gibt eigentlich so viel Jurisprudenzen als es Rechte gibt: die Bedeutung der Jurisprudenz für die Menschheit könnte sich daher nur aus einer vergleichenden Geschichte der Jurisprudenz wenigstens der gesitteten Völker ergeben. An die Lösung einer solchen Aufgabe an dieser Stelle kann selbstverständlich gar nicht gedacht werden. Immerhin gibt es eine Jurisprudenz, die eine ganz besondere weltgeschichtliche Bedeutung erlangt hat: die römische und die daraus hervorgegangene gemeinrechtliche. Hauptsächlich um diese wird es sich in der Folge handeln. Nur ganz flüchtig soll die angloamerikanische dargestellt und die skandinavische gestreift werden. Da die gemeinrechtliche für die wichtigsten anderen Jurisprudenzen, mit Ausnahme der mohamedanischen, vielfach vorbildlich gewesen ist, so wird es auch für das Verständnis der anderen förderlich sein, wenn ihre Natur im Einzelnen eingehender dargelegt wird.

Bevor jedoch auf die römische und gemeinrechtliche Jurisprudenz eingegangen wird, soll ein Blick auf die deutschen Rechtsaufzeichnungen und Rechtsbücher geworfen werden, weil sie auf einer Stufe viel ursprünglicherer Rechtsentwicklung stehen als unsere Überlieferung des römischen Rechts. Allerdings sind die deutschen Volksrechte keine urwüchsige Rechtsquelle. Auf dem einst römischen Gebiete einer hohen Rechtskultur verfaßt, und von ihr, außerdem noch von der Kirche, nachweisbar beeinflußt, enthalten sie vieles, was nicht bodenständig ist, insbesondere sehr viel staatliches Recht, auch manches, was gewiß weder je Recht war, noch auch nachträglich Recht geworden ist. Scheidet man diese, hauptsächlich dem öffentlichen Recht angehörenden Anleihen aus, so verbleiben als ihr Inhalt im wesentlichen Vorschriften über Rechtsgang, Strafrecht, Schadenersatzrecht und Erbrecht der Seitenverwandten, außerdem einige wenige privatrechtliche Bestimmungen, von denen die meisten überdies offenbar ganz zufällig hineingekommen und nur aus dem Grunde aufgenommen worden sind, weil sie kurz zuvor in einem Rechtsstreit angewendet wurden. Auffallend ist aber nicht nur die Einseitigkeit des Rechtsstoffes, sondern auch die Armut an Rechtssätzen. Einige Jahrhunderte später, im Mittelalter, ist allerdings die Zahl der Rechtssätze, wenigstens

in einzelnen Gegenden, erheblich größer geworden: insbesondere die Stadtrechte enthalten unvergleichlich mehr davon als die leges barbarorum. Die Rechtsgebiete, auf die sie sich beziehen, sind aber nicht viel mehr als in der fränkischen Zeit: Rechtsgang, Strafrecht, Strafprozeß, Schadenersatzrecht und Erbrecht, wohl noch etwas Bürgschaftsrecht, Pfandrecht, Gewährleistung beim Kaufe. Vielleicht waren außer den aus den Rechtsaufzeichnungen ersichtlichen, noch hie und da etliche andere Regeln im Umlaufe, etwa über die Form gewisser Verträge, viel war das aber jedenfalls auch nicht.

Wir können also mit Bestimmtheit annehmen, daß uns ziemlich erschöpfend der ganze Vorrat an allgemeinen Rechtsregeln überliefert worden ist, der zur Zeit der Aufzeichnung der Volksrechte oder der Stadtrechte den Zeitgenossen bewußt geworden ist. Aber unmöglich ist es, daß darin eine genügende Ordnung des Rechts enthalten gewesen wäre, sei es auch nur vom Standpunkte der Bedürfnisse der Rechtspflege. Woher haben also die Richter und Schöffen sich die Entscheidungsnormen geholt, deren sie ja bedurften? Wenn man die Frage mit einem Hinweis auf ihr Billigkeits- oder Rechtsgefühl beantwortet, so ist das ungenau. Denn die Überlieferung zeigt, daß ihnen ganz überwiegend die innere Ordnung des einzelnen Rechtsverhältnisses, das zur Entscheidung vorlag, als Quelle der Entscheidungsnormen gedient hatte. Lange bevor allgemein lautende Entscheidungsnormen in genügender Zahl vorhanden waren, wurden solche dem Inhalt der subjektiven Rechte in ihrer Einzelerscheinung entnommen. Im mittelalterlichen deutschen Recht ist eigentlich jedes Grundstück ein Individuum: es hat sein eigenes Recht, das aus dem Herkommen, oder der Verleihungsurkunde, oder aus den Verträgen, die darüber abgeschlossen sind, oder aus seiner Lage in der Mark hervorgeht. Alles das und nur das ist entscheidend für den Umfang der Grundherrenrechte, des Eigentums und der Nutzungsrechte, die Nachbarverhältnisse, den Bodenzins und die anderen Gibigkeiten und Realleistungen. Ebensowenig gibt es ein allgemeines Körperschaftsrecht: die Körperschaften geben sich selbst ihr Recht oder erhalten es vom König oder einem Grundherrn verliehen. Jeder Mensch gehört einem oder mehreren Rechtskreisen an, und der Rechtskreis bestimmt die rechtliche Stellung seiner Genossen in der Hauptsache selbständig: überdies haben sich die meisten freien Familien und insbesondere die adeligen Geschlechter durch Satzung, Vertrag oder Herkommen ihr eigenes Recht geschaffen, das über die Persönlichkeits-Familien- und Erbrechte des Angehörigen entscheidet. Am subjektivsten ist aber das materielle Vertragsrecht, das fast ausschließlich auf dem Inhalte der einzelnen Verträge beruht. Die uns überlieferten Weistümer und Urteile zeigen, daß in erster

Linie dieses in jedem einzelnen Falle ermittelte Recht des Grundstücks, der Körperschaft, der Familie, des Geschlechts oder der Inhalt des Vertrages, diese innere Ordnung der Verhältnisse, die aus dem Herkommen, aus den beigebrachten Urkunden, aus der Verkehrssitte hervorleuchtete, die Grundlage für die Entscheidung des Rechtsstreits abgab.

Das alles hat bekanntlich den Spiegler nicht verhindert, den Sachsenspiegel zu schreiben, worin er zweifellos weit mehr an Rechtssätzen gegeben hat, als was ihm bereits an fertigen Rechtssätzen vorlag. Man weiß jetzt einigermaßen auch, wie er dazu gekommen ist. In den öffentlich-rechtlichen Teilen arbeitete er vielfach mit einer idealen Vorstellung von der alten Herrlichkeit des Reiches: davon muß in der Folge abgesehen werden. Faßt man aber das Privatrecht ins Auge, auf das es hier vorzüglich ankommt, so ergibt sich, daß es im wesentlichen die Gestaltung der subjektiven Rechtsverhältnisse in den Grenzen seiner engeren Heimat, die er als Schöffe genauer kennen zu lernen Gelegenheit hatte, sehr kräftig und bewußt verallgemeinert, allerdings einiges wohl auch frei erfunden hat. Trotz aller fast unübersehbaren Mannigfaltigkeit in den Familienordnungen, Besitzverhältnissen, den Vertragsinhalten, in den ständischen Beziehungen, haben sich doch unter dem Einflusse der wirtschaftlichen Gleichförmigkeit, des Urkundenwesens, auch durch unmittelbare Nachahmung und Entlehnung, in gewissen Kreisen für das Bodenbesitzrecht, ständisches Recht, Familienrecht und Vertragsrecht einzelne gemeinsame Züge entwickelt. Sie sind einem erfahrenen Mann und scharfen Beobachter, wie es Eike von Repgow zweifellos war, aufgefallen, und er hat sie in seinem Werke herausgehoben und zusammengefaßt. Da er nicht ein Gesetzbuch, sondern ein Rechtsbuch schreiben wollte, so handelte es sich ihm selbstverständlich nur darum, das in gleichartigen Rechtsverhältnissen Gemeinsame festzuhalten, ohne über das Abweichende oder Besondere irgendwie abzusprechen; es sollte weiter bestehen bleiben, da es ebenso berechtigt war wie das Allgemeine. Aber die Wirkung war eine andere, denn die Nachwelt behandelte den Sachsenspiegel nicht als Rechtsbuch, sondern als Gesetzbuch. Das Abweichende und Besondere hatte gegenüber dem von ihm festgestellten, zum Teile sogar ziemlich willkürlich festgelegten Allgemeinen einen schweren Stand, denn es mußte sich in jedem einzelnen Falle erst als berechtigt erweisen. Das gelang doch verhältnismäßig selten, jedenfalls viel seltener als bis dahin, wo das Allgemeine noch nicht formuliert war; man muß wohl annehmen, meistens nur dann, wenn es bereits den Beteiligten zum Bewußtsein gekommen, insbesondere wenn es schriftlich, in einer Rechtsaufzeichnung oder Verleihungsurkunde, niedergelegt war. So wurde die bloße Tatsache

der Verallgemeinerung im Sachsenspiegel zu einer selbständigen rechtsbildenden Kraft; aus dem Allgemeinen wurde eine Regel, aus der Abweichung und Besonderheit eine Ausnahme. Auf diesem Wege ist der Sachsenspiegel selbst über die Grenzen des deutschen Reiches hinaus zu einer allgemeinen Entscheidungsnorm geworden, selbstverständlich nicht mehr als Verallgemeinerung, sondern als Vorschrift, als Norm in dem Sinne, daß jetzt, an Stelle der Entscheidung aus der subjektiven Natur des einzelnen Rechtsverhältnisses die Entscheidung auf Grund der Verallgemeinerungen des Sachsenspiegels getreten ist, wenigstens in allen Fällen, wo die Besonderheit und Abweichung nicht klar und unzweideutig hervortrat. Bekanntlich hat diese Entwicklung den Lehren des Spieglers auch dort häufig genug Rechtskraft verschafft, wo sie keine Verallgemeinerungen, sondern freie Erfindungen enthielten. Diese höchst merkwürdige Eigentümlichkeit der Jurisprudenz, ihre Denkformen, Lehrsätze in Normen zu verwandeln, diese große Antinomie der Jurisprudenz, ist es, worauf ihre welthistorische Stellung beruht.

Der Schwabenspiegel und das kleine Kaiserrecht sind in ähnlicher Weise entstanden, haben es zu einer ähnlichen Bedeutung gebracht. In Frankreich war es der Fall bei mehreren Rechtsbüchern, besonders dem Grand Coutumier de Normandie, den Etablissements de Saint Louis, der Somme rural und, allerdings lange nach dem Tode des Verfassers, auch mit dem Beaumanoir; in England schon bei Bracton, noch mehr aber bei Littleton und Coke. Die schwedischen, norwegischen und isländischen Rechtsbücher mögen bei Seite bleiben, da sie mit dem eigenartigen Gesetzsprecheramt zusammenhängen, aber die dänischen sind nur wenig von den genannten verschieden. Dasselbe gilt von den Lehnrechtsaufzeichnungen, den Assisen von Jerusalem, den Libri feudorum, dem Lehnrecht des Sachsenspiegels. Das große Werk von Hugo Grotius hat auf diesem Wege das moderne Völkerrecht begründet.

Die Bedeutung der Rechtsbücher besteht also nicht in der Verallgemeinerung allein, sondern darin, daß in ihnen die Verallgemeinerung zur Vereinheitlichung führt. Wer verallgemeinert, stellt nur fest, was allgemein gilt; die Vereinheitlichung bedeutet aber immer eine Vorschrift, daß sich nach dem Allgemeinen auch das Andere zu richten habe. Die Verallgemeinerung ist an sich nur ein logischer Prozeß, ohne den es kein wissenschaftliches und kein praktisches Denken gibt: aber diesem logischen Prozeß werden hier Normen unterworfen, nicht wie bei den andern Kunstlehren und den eigentlichen Wissenschaften die Gesetzmäßigkeiten der Erscheinung, und das hat zur Folge, daß sich aus dem logischen Prozeß hier, nicht wie sonst bei den Verallgemeinerungen, allgemeinere Gesetzmäßigkeiten, sondern

allgemeine Normen ergeben. Die große Antinomie der Jurisprudenz, die sie wohl mit allen andern Normenlehren, nicht mit den andern Kunstlehren und Wissenschaften, gemein hat, liegt darin, daß sich ihre Denkformen und Lehren wieder in Normen verwandeln.

Es wäre im vorhinein höchst dilettantisch, aus der mittelalterlichen, insbesondere der deutschen Rechtsentwicklung, ohne weiteres Schlüsse auf die römische zu ziehen. In den Zeiten des Freistaats hat das römische Recht in der Hauptsache nur auf einem kleinen Gebiete Geltung gehabt: ein solches Recht ist schon im vorhinein etwas ganz anderes, als ein auf ein so ungeheueres Gebiet verstreutes, wie das deutsche. Andererseits kann man es auch nicht mit den italienischen oder deutschen Stadtrechten vergleichen: für diese war die handel- und gewerbetreibende städtische Bevölkerung entscheidend, das römische Recht der ältern Zeit rechnet ganz überwiegend mit dem Adel und der Bauernschaft des umliegenden flachen Landes. In der Kaiserzeit dagegen bildet es sich rasch und entschieden zu einem Reichsrecht um: die Entwicklung wird von einem einzigen Mittelpunkte aus beaufsichtigt, zum Teile sogar geleitet, und ist daher soweit nur mit der englischen vergleichbar, bei der die Londoner Gerichte schon seit Heinrich II. eine gleiche Aufgabe erfüllen. Aber das römische Reich war viel größer als England, soweit der Wirkungskreis der Londoner Gerichte in Betracht kommt, je gewesen ist, und die Provinzen haben rechtlich immer mehr Selbständigkeit gehabt als die einzelnen Teile Englands, vielleicht sogar mehr als man selbst heute annimmt. Da wäre eher Frankreich heranzuziehen bis zur Revolution, wenn die französischen Provinzen, trotz ihrer Abhängigkeit von den Parlamenten, nicht doch noch in der Rechtsbildung um so viel selbständiger gewesen wären, als die römischen, wenigstens in bezug auf das Recht der römischen Bürgerschaft. Dazu kommt noch der Zustand der römischen Überlieferung. Für die republikanische Zeit ungeheuer lückenhaft, gibt sie für die Kaiserzeit doch nur das wieder, wofür sich die hauptstädtischen Juristen interessiert haben, mit einer alles beherrschenden hauptstädtischen Färbung. Neben den Rücksichten auf den Bauer und den Landadel, die wohl eine Hinterlassenschaft des Freistaates bilden, kommt fast nur noch die hauptstädtische Magistratur und die Beamtenschaft in Frage; Handel und Gewerbe treten ungeheuer zurück.

Läßt man diese außerordentlich wichtigen Unterschiede nicht aus den Augen, so dürften damit die wichtigsten Fehlerquellen beim Vergleich der mittelalterlichen und der römischen Rechtsentwicklung ausgeschaltet worden sein. Zunächst ergibt sich daraus von selbst die geschichtliche Stellung der XII Tafeln. Man wird es Pais und Lambert zugeben müssen, daß es in historischer Zeit keine echte Überlieferung

ihres Wortlautes gegeben hat. Das beweist die verhältnismäßig so moderne Sprache, das beweist der Umstand, daß ihr Wortlaut in verschiedenen Anführungen schwankt, das beweisen die vielen zweifellos einer spätern Zeit angehörenden Einschübe: so der Satz über die Teilung der nomina und des aes alienum unter die Erben, oder über den Übergang des Eigentums an der verkauften Sache erst nach Zahlung des Preises an den Käufer. Dagegen halte ich es für gut beglaubigt, daß den Römern eine, möglicherweise sogar amtliche, wenn auch sehr schlecht überlieferte, Zusammenfassung des alten Gewohnheitsrechts vorlag, deren Grundstock aus dem V. oder IV. Jahrhundert vor Beginn unserer Zeitrechnung stammte. So weit man sie nach dem überlieferten Inhalt beurteilen kann, entspricht sie durchaus den germanischen Volksrechten. In der Hauptsache enthielt sie Vorschriften über den Rechtsgang, Strafrecht, Schadenersatzrecht und das Erbrecht der Seitenverwandten, Nachbarrecht, Sakralrecht: darüber hinaus gehen nur die wenigen Sätze über Vertragsformen und Testamente, von denen die ersten vielleicht spätere Einschübe sind, die letzten wahrscheinlich ursprünglich eine ganz andere als die später ihnen beigelegte Bedeutung hatten.

Ist das richtig, so ergibt sich daraus jedenfalls, daß zur Zeit, als die XII Tafeln entstanden sind, der Schatz an Rechtssätzen von allgemeiner Verbindlichkeit ungefähr dem entsprach, was davon bei den germanischen Völkern im VI. oder VIII. Jahrhundert vorhanden war. Und das bedeutet vor allem, daß nur ein sehr geringer Teil des gesellschaftlichen Rechts dem Römer dieser Zeit bereits zum Bewußtsein gelangt ist. Die große Mehrzahl der Entscheidungsnormen mußte ebenso wie im deutschen Mittelalter in jedem einzelnen Falle der subjektiven Gestaltung der einzelnen Rechtsverhältnisse entnommen werden. Wenn da von der bunten Mannigfaltigkeit, die wir in der deutschen Reichs- und Rechtsgeschichte finden, gewiß keine Rede war, so hängt das damit zusammen, daß das Gebiet, für das das römische Recht der XII Tafeln und der nächstfolgenden Zeit gegolten hat, im Vergleich mit dem deutschen ein verschwindend kleines gegewesen ist; aber im Verhältnis zum Gebiete waren die Rechtseinrichtungen Roms um die XII Tafelzeit gewiß nicht einheitlicher als die des Frankenreichs oder des deutschen Mittelalters. Ganz ausgeschlossen ist es, daß es je ein einheitliches Recht der römischen Gentes gegeben habe: jede Gens hatte ihr eigenes Recht, das auf Herkommen, vielleicht sogar auf Satzung, gewiß aber nicht auf der Gesetzgebung beruhte. Spuren dieses eigenen Rechts der Gentes gibt es noch in historischer Zeit genug. Gemeinsame Züge waren gewiß vorhanden, die eine zusammenfassende Darstellung gestatteten, wie sie vielleicht in dem verloren gegangenen Stücke von Gaius enthalten war. Auch

daran ist nicht zu denken, das uns bekannte Recht des römischen Hauses sei ganz allgemein die innere Ordnung des römischen Hauses gewesen. In meiner Schrift über die Rechtsfähigkeit habe ich dargetan, daß das uns überlieferte römische Familienrecht nur die Beziehungen des Hauses zur Außenwelt betrifft. Die innere Ordnung der Familie muß nach Stand, Beruf, Vermögen, Ort, Abkunft, Gens, übrigens auch zeitlich, von Jahrhundert zu Jahrhundert, in allen Einzelheiten den größten Schwankungen unterworfen gewesen sein; es ist geradezu undenkbar, daß der römische Handwerker oder kleine Kaufmann oder gar der Proletarier je in der uns bekannten Großfamilie gelebt, oder daß sich ein Fremder, der das römische Bürgerrecht erhalten hat, sofort mit den Seinigen nach den Vorschriften der römischen Juristen eingerichtet hätte. Davon schweigen aber unsere Quellen, weil sie das, was im Schoße der Familie vorgeht, nichts angeht. Es kommt ihnen ausschließlich darauf an, daß der pater familias das Haus allein vor Gericht vertritt und er allein über dessen Vermögen gültig verfügen kann. Bevor aber noch diese äußere Ordnung hergestellt war, gab es für das römische Haus, ebenso wie bis in die römische Kaiserzeit für die römische Gens, kein anderes Recht, als seine innere Ordnung, die es sich gerade so wie die Gens, in der Hauptsache selbst gesetzt hat. Daß die Verschiedenheiten der Sippen- und Hausordnungen einst auch auf das Erbrecht abfärbten, ist mindestens sehr wahrscheinlich, obwohl das Erbrecht am frühesten durch allgemeine Sätze geregelt wird: noch zu Ciceros Zeiten erbten die patrizischen Claudier anders als die plebeischen. Was das römische Bodenrecht betrifft, so wird es jetzt immer mehr anerkannt, daß wir es erst in der Gestaltung kennen, die es durch die Aufhebung der ursprünglichen Verfassung erhielt. Daß das durch die XII Tafeln bewirkt worden sein sollte, ist allerdings um so unwahrscheinlicher, je früher die Zeit ist, in die man sie verlegt: im V. Jahrhundert war der fundus noch nicht eine res mancipi, so daß sich auch die mancipatio des XII Tafelsatzes, wenn er aus dieser Zeit stammt, nicht auf den fundus bezogen haben kann. Dann war aber auch das römische Grundstück vor der aufgehobenen Dorf- und Gauverfassung ebenso ein Individuum, wie das deutsche des Mittelalters: sein Recht war nicht durch Rechtssätze bestimmt, sie mußten in jedem einzelnen Falle erst ermittelt werden, auf Grund von Herkommen, Verträgen, Verleihungsurkunden, Lage in der Dorfmark, Nachbarverhältnissen. Das römische Vertragsrecht war selbst in historischer Zeit lange nicht so formelhaft festgeschnürt, wie es die modernen Darstellungen erscheinen lassen. Freilich müßte man zunächst die vorgefaßte Meinung aufgeben, daß sich die Arten und der Inhalt der Verträge, die den Römern bekannt waren, irgendwie aus den Arten und dem Inhalt

ihrer contractus entnehmen lassen. So weit wir die Geschichte des römischen Vertragsrechts zu entziffern vermögen, ergibt sie, daß ein Vertrag schon im Leben eine sehr große Wichtigkeit hat erlangt haben müssen, um eine besondere Vertragsklage zu erhalten. Nicht die Vertragsklage war zuerst da, sondern der Vertrag: so war es in der Urzeit, so war es auch in der Kaiserzeit, es gab daher immer weit mehr Verträge als contractus. Mußte oder wollte man einen Vertrag abschließen, der nicht klagbar war, so verließ man sich auf juramentum, satisdatio, pignus. Die Catonischen Formeln, selbst wenn man sie nur auf klagbare Verträge beziehen wollte, was schwerlich richtig ist, zeigen am besten, daß nicht in der Klage, sondern in den Sicherungsmitteln des Vertrages die Gewähr seiner Erfüllung gesucht wurde. Auch sonst beweisen die römischen Quellen, daß die Römer auf die Klage kein übermäßiges Gewicht legten. Die große Bedeutung der fides ergibt sich aus der Rolle, die die fiducia noch in der Kaiserzeit spielte, die gewiß erst sehr spät eine actio erzeugte. Dasselbe wiederholte sich bei den Fideikommissen. Auch das iuramentum liberti war lange gebräuchlich, bevor es klagbar geworden ist. Für einzelne Ansprüche aus Verträgen auf certa pecunia oder certa res stand allerdings die condictio zu, die erst in späterer Zeit verkümmerte; seit Einführung des Formularverfahrens mag dafür, wie man jetzt vielfach meint, auch eine actio in factum gegeben worden sein. Je mehr wir in die Vergangenheit zurückgehen, umsomehr vom Vertragsrecht bleibt außerhalb des ius civile, und es gab dafür auch in demselben Maße weniger allgemein verbindliche Regeln.

Das steht allerdings im schroffen Gegensatze zur herrschenden Ansicht, daß die Starrheit und Formenstrenge des ältesten Rechts erst in der Folge allmählich gemildert worden sei. Aber diese Ansicht dürfte auf mehreren Mißverständnissen beruhen. Nicht das Leben und der Verkehr sind im alten Rechte an starre Formen gebunden, sondern es ist die Anrufung des Gerichts an sehr strenge Bedingungen geknüpft. Man sollte überhaupt weit mehr, als es noch geschieht, den Gedanken los werden, das Gericht sei in der Urzeit, so wie heute, jedem schon deswegen offen gestanden, weil sein Recht verletzt war. Um den Weg zum Gericht zu betreten, mußte man ein mächtiger Mann sein, und ein solcher führte nur gegen seinesgleichen Prozeß. Der Rechtsgang trat doch an Stelle der Fehde. Noch in historischer Zeit ergibt sich fast aus jeder Seite der römischen Rechtsgeschichte, wie wichtig es im Rechtsstreit war, einen mächtigen Patron zu haben. Bei der typischen Klage wider den armen Mann, der legis actio per manus iniectionem kam es anfänglich darauf an, ob sich des Beklagten ein Mann von Rang und Reichtum, ein assiduus, annahm. Die strengen abgehackten Formen des Prozesses entsprechen dem Verhältnis,

in dem die beiden Todfeinde vor dem Richter voreinander standen: sie sind von derselben Prägung wie heute noch die Regeln des Zweikampfes.

Aber die Voraussetzungen des Rechtsweges haben mit den Formen und Förmlichkeiten des Rechtslebens nichts zu tun. Ursprünglich kann der Klagegrund nur darin bestehen, daß der Beklagte einer Missetat beschuldigt wird: das malo ordine tenes der fränkischen Zeit ist, wie man jetzt anerkennt, auch der Ausgangspunkt der rei vindicatio gewesen. Für diesen Klagegrund kamen Verkehrsformen überhaupt nicht in Frage. Der Vertragsanspruch, für den allein strenge Formen maßgebend sein konnten, gehört zu denen, die überall am spätesten gerichtsfähig geworden sind. Da der älteste dem Vertrage gewährte Rechtsschutz in nichts anderem als in dem Schutze des durch Vertrag übergebenen Besitzes besteht, so ist der Vertrag selbstverständlich nur soweit rechtlich geschützt, als er mit Besitzübergang verbunden ist: aber deswegen, weil der Vertrag nur bei Besitzübergabe geschützt ist, war doch die Besitzübergabe nicht eine Formalität des Vertragsabschlusses. In der allmählichen Ablösung der Vertragsverbindlichkeit vom Besitzübergabsgeschäfte zeigt sich das Erstarken des selbständigen Vertragsgedankens: erst jetzt werden Besitzsymbole zur Form. Daß Zeugen beigezogen worden sind, die den Erwerber versichern sollten, daß die verkaufte Sache nicht gestohlen ist, oder Angehörige, deren Zustimmung zur Verbindlichkeit der Veräußerung notwendig war, das sind doch keine Förmlichkeiten. Ebensowenig ist es zulässig, die Roheit und Plumpheit des ältesten Verfahrens, das eine ungezwungene Darlegung des Sachverhaltes, eine feinere Ausgestaltung des Anspruchs, die Geltendmachung von Einreden, unmöglich machte, als Formstrenge aufzufassen: das waren nur Mängel der Technik, nicht Formalismus. Die Urzeit kennt unbeholfene und naive, aber nicht starre Formen. Diese entstehen überall, in Religion, in der Kunst und im Rechte, wie die Geschichte, wo wir sie weit genug verfolgen können, bezeugt, dadurch, daß die anfänglich weichen und beweglichen Formen in der Folge erstarren, aber nicht umgekehrt. Gewiß kommt eine Zeit, wo sie zu einer unerträglichen Fessel werden, die zuweilen mit einem Ruck weggeworfen wird: aber deswegen darf man doch nicht glauben, daß die Fessel am Anfange aller Entwicklung liegt. Wo wir, wie in Deutschland, Frankreich und England, einen längeren Zeitraum übersehen können, überzeugen wir uns, daß das Recht sich überall in der Richtung von Freiheit zur Starrheit bewegte. Jedenfalls möge es gestattet sein, den Ausspruch Maitlands über das englische Recht, das etwa seit dem XV. Jahrhundert immer mehr im Formelkram erstickte, bis es im XIX., unter dem Einflusse Benthams, wieder ein gutes Stück Freiheit gewann, hier anzuführen:

It is a mistake, to suppose that our common law starts with rigid, narrow rules ... knows only a few, precisely defined forms of gift, and rejects everything that deviates by a hairs-breadth from the established models. On the contrary in the thirteenth century it is elastic and liberal, loose and vague.

So stand auch die römische Jurisprudenz in ihrem Beginne, also wohl im IV. Jahrhundert vor Christo vor derselben Aufgabe wie der Spiegler, als er am Sachsenspiegel zu arbeiten begann. Es gab nur spärliche allgemeine Rechtssätze auf einigen wenigen Gebieten des Privatrechts. Sonst mußten die Normen in jedem einzelnen Falle dem Leben unmittelbar abgelauscht werden: es mußte ermittelt werden, welches Herkommen in der Gens oder in der Familie darüber herrsche, was die Parteien vereinbart und abgeschlossen haben, was in der Gegend oder in dieser Klasse verkehrsüblich sei. Wirft man aber einen Blick auf die Reste der Jurisprudenz aus der letzten Zeit des Freistaats, oder gar auf Labeo oder Sabinus, so wird man gewahr, daß das römische Recht im Laufe von viel weniger Jahrhunderten, als die lex Salica vom Sachsenspiegel trennen, einen erstaunlich weiten Weg zurückgelegt hatte. In der so lückenhaften Überlieferung finden wir eine Fülle von Rechtsregeln, zum Teil in wunderbar feiner Durchbildung. Trotz der vielen Mühe, die auf die römische Rechtsgeschichte bisher gewendet worden ist, ist jedoch die Frage nie befriedigend beantwortet worden, woher die römischen Juristen ihren Rechtsstoff genommen haben. Früher glaubte man ganz allgemein, sie hätten ihn etwa durch Auslegung der Gesetze oder des prätorischen Edikts erhalten[1]. Damit wäre die Frage nur etwas weiter verlegt: man müßte dann fragen, wie die Gesetze und das Edikt zu ihrem Stoff gekommen sind. Aber diese Lehre darf jetzt wohl als aufgegeben betrachtet werden. Wir kennen heute die XII Tafeln, die späteren privatrechtlichen Gesetze und das Edikt genügend, um zu wissen, daß dieser ganze Reichtum unmöglich dort hat geholt werden können: höchstens für das Recht der unerlaubten Handlungen und das Intestaterbrecht haben sie Erhebliches geliefert. Vielleicht darf ich für mich das Verdienst in Anspruch nehmen, in meinen Beiträgen zur Theorie der Rechtsquellen den Beweis erbracht zu haben, daß die römische Jurisprudenz sich ihren Stoff selbst, unabhängig von jeder anderen Rechtsquelle, verschafft hat. Den Grundstock des römischen Rechts bildet das proprium ius civile, und das bedeutet, das von den Juristen selbst geschaffene Juristenrecht: nach den Worten des Pomponius, das ius quod sine scripto venit compositum a prudentibus,

[1] Diese Ansicht tritt noch sehr deutlich hervor bei Mommsen, Staatsr. III. S. 604 Anm. 2.

ius quod in sola prudentium interpretatione consistit, oder nach Boethius, probatae civium iudiciis creditaeque sentenciae. Obwohl der Form nach an die XII Tafeln anknüpfend, war dieses ius civile eine durchaus selbständige Schöpfung der römischen Juristen. Für alles andere muß ich auf die genannte Schrift verweisen, deren Ergebnis gegenwärtig ziemlich allgemein als richtig anerkannt wird.

Steht es nun fest, daß die Jurisprudenz sich ihren Stoff selbst geliefert hat, so ist noch die Frage offen, woher sie ihn genommen habe. Gerade darüber enthalten die Schriften der römischen Juristen aus allen Zeiten eine Fülle noch unerschlossener Belehrung, die von mir vielleicht einmal im zweiten Bande der Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen verwertet werden wird; spärlich verstreute Bemerkungen finden sich darüber übrigens auch in der neueren Literatur. Die Veteres, mit Einschluß von Labeo und Sabinus — die späteren bauen vielfach nur auf dem Überlieferten fort —, gingen genau so vor, wie der Spiegler: sie haben das, was sie im engen Kreise beobachtet haben, die innere Ordnung der Verhältnisse, von der sie ja eine lebendige Anschauung hatten, bewußt, kraftvoll und einsichtig verallgemeinert. Nur haben sie sich dabei nicht etwa einen bestimmten Ort, eine einzige Klasse, einen Stand oder Beruf zum Ausgangspunkte gewählt, was übrigens im vorhinein unwahrscheinlich wäre. Ihr Standpunkt hat fortwährend gewechselt, je nach der Rechtseinrichtung, um die es sich handelte: teils deswegen, weil zur Zeit, als sich die Jurisprudenz mit der Frage zu befassen begann, die Anschauungen einer bestimmten Klasse, eines Berufs, eines Standes, oder vielleicht auch einer Ortschaft die maßgebenden waren, teils deswegen, weil gewisse Rechtseinrichtungen im vorhinein vorwiegend in bestimmten gesellschaftlichen Schichten vorkamen. Der einmal eingenommene Standpunkt wird aber im allgemeinen ziemlich folgerichtig bis zum Schlusse festgehalten. Dem römischen Familienrecht liegt die Familienverfassung des römischen Vollhufners zugrunde, und so blieb es auch, nachdem dieser längst aus der römischen Gesellschaft verschwunden ist. Die ungeheuere Umwertung des ganzen Lebens im letzten Jahrhundert des Freistaates und in der Kaiserzeit hat sicherlich die Familie nach innen ganz aufgewühlt, aber das fand unglaublich wenig Ausdruck in den Normen, die die Prozeßstandschaft, das Erbe und den Vertrag der Hauskinder betrafen. Das Sc. Macedonianum, einige Milderungen der alten Vorschriften über die Prozeß- und Erwerbsunfähigkeit der Hauskinder, einige leichte Änderungen im Erbrecht, das war alles. Nur das Dotalrecht der freien Ehe, vielleicht die freie Ehe überhaupt, sowie sie uns in der späteren Zeit entgegentritt, stammt von der Nobilität und dem wohlhabenden Bürgertum. Auch das römische Testamentsrecht scheint in der Bauernschaft entstanden zu sein und

deren Interesse zunächst berücksichtigt zu haben. Im römischen Kaufrecht handelt es sich in der Hauptsache um Grundstücke, Sklaven, Vieh, also um Einzelgeschäfte des bäuerlichen und kleinbürgerlichen Verkehrs; einige Grundsätze des Marktrechts wurden später auch für andere Käufe verallgemeinert. Von einer Rücksicht auf Großhandel und Gewerbe finden sich kaum merkliche Spuren. Offenbar aristokratischen Ursprunges ist das mandatum: es ist aus dem Verhältnis des großen Herrn zu seinen Klienten und Beamten hervorgegangen. Die Wurzeln des Sozietätsrechts sind einigermaßen bloßgelegt: sie liegen in der bäuerlichen Familiengemeinschaft, später in Gelegenheitsgesellschaften zu Erwerbs- und Spekulationszwecken, schließlich in den dauernden Unternehmervereinigungen. Die Sachmiete enthält fast ausschließlich ein Recht des Großgrundbesitzes und der Zinskasernen. Betrachtungen dieser Art geben übrigens auch einige Auskunft über die Entstehungszeit des Rechts dieser Einrichtungen.

Wie sich dabei die beiden Bestandteile des römischen Rechts, das ius civile und das ius gentium, zueinander stellen, fällt für die Frage, die hier behandelt wird, wenig ins Gewicht. Möglich ist es immerhin, daß die Römer bei ihren Verallgemeinerungen auch das gemeine Verkehrsrecht der Völker der mittelländischen Küste berücksichtigt hätten, aber wahrscheinlich ist es nach dem Gesagten nicht, jedenfalls geschah es in sehr geringem Maße. Auch die Geschäfte, die offenbar dem ius gentium angehört haben, wie Kauf, Miete und Pacht, geben nur in der Gestalt eine Grundlage für das Juristenrecht ab, wie sie unter römischen Bürgern vorkamen: noch mehr gilt das selbstverständlich vom mandatum und der societas. Nur so kann man es erklären, daß das Kaufrecht so ganz überwiegend ein Recht des Grundstück-, Sklaven- und Viehverkehrs geblieben ist, daß von den Gegenständen und Formen des Großhandels und des sonstigen Handels, an dem auch die Fremden teilnahmen, so außerordentlich wenig die Rede ist. Man darf es nicht vergessen, daß auch das ius gentium nur soweit für die römischen Bürger zu gelten hatte, als es römisches Juristenrecht wurde, und daß es insoweit, wie ich in meiner Schrift ausgeführt habe, von den Römern nachweisbar, wenn sie vom ius civile sprachen, mitverstanden worden ist.

Die juristischen Verallgemeinerungen sind, wie schon aus Anlaß des Sachsenspiegels bemerkt worden ist, etwas anderes ihrem Zweck und etwas anderes ihrem Erfolge nach. Sie wollen nichts anderes sein als Feststellungen dessen, was allgemein gilt, und sie bewirken doch, daß das, was festgestellt worden ist, zur Norm wird, nach der alles gerichtet wird, was sich seine Sonderart nicht zu wahren vermag. Es zeigt sich hier also wieder die große Antinomie, der jede Jurisprudenz ihre weltgeschichtliche Stellung verdankt. Das Ver-

allgemeinern ist an sich ein logischer Prozeß, durch den der menschliche Geist aus der ihm sonst unfaßbaren Mannigfaltigkeit der Dinge das Allgemeine herausschält. Aber in der Jurisprudenz wird die Verallgemeinerung zur Norm, zur Vorschrift. Das Allgemeine wird zur Regel, das Besondere zur Ausnahme, die ihre Berechtigung in jedem Falle erst erweisen muß. Wie sich zu den Vereinheitlichungen der römischen Juristen das Leben verhielt, ist nicht leicht im Einzelnen festzustellen; gewiß ist es aber, daß es ihnen nicht überall gefolgt ist. Daß die innere Ordnung der Familie in späterer Zeit nicht mehr dem entsprach, was einst die Juristen der Familienverfassung des Vollhufners entlehnt haben, wurde bereits hervorgehoben; ein anderes Beispiel ist der Kauf, der zum Übereignungsvertrag wurde, nicht durch das römische Juristenrecht, sondern am Juristenrecht vorbei. Aber ihre ungeheuere Kraft bewährten die Verallgemeinerungen der römischen Juristen als Entscheidungsnorm für die Gerichte. Als solche wurden sie in Rom rückhaltlos anerkannt, und im Grunde genommen werden heute noch familiengüterrechtliche, zum großen Teile auch sachenrechtliche, forderungsrechtliche und erbrechtliche, zuweilen sogar körperschaftsrechtliche Streitigkeiten nach den in die modernen Gesetzbücher übergegangenen Verallgemeinerungen entschieden, zu denen die römischen Juristen durch Betrachtung der ihnen vorliegenden heimischen Verhältnisse gelangt sind.

Erst an diese zu Entscheidungsnormen gewordenen Verallgemeinerungen schließt sich die unendliche Fülle von Entscheidungsnormen an, die von den Römern, nach Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit, ausschließlich für das Bedürfnis des Rechtsstreits gefunden wurden: vor allem das fein verzweigte ergänzende und nachgibige Recht des Vertrages, dann die Regeln über Haftung für Arglist, Schuld und Verzug, über Tragen der Gefahr, über die Rechtsfolgen des Irrtums, über den Zeitpunkt des Rechtserwerbes und Verlustes, über Ersatzforderung wegen ungerechtfertigten Erwerbes, über Umfang und Inhalt des prozessualen Anspruchs, über Rechtskraft, über Zusammentreffen der Ansprüche. Von alledem ist nicht nur im Sachsenspiegel, sondern auch in anderen Rechtsbüchern, insofern sie vom römischen Rechte unabhängig sind, nichts oder nur sehr wenig enthalten; selbst das moderne englische Recht, nach vielen Richtungen reicher ausgestaltet als irgend ein anderes Recht der Welt, steht in bezug auf Rechtssätze dieser Art weit hinter dem römischen zurück. Aus verschiedenen Gründen, vor allem aber deswegen, weil diese sich am leichtesten auf einen fremden Boden verpflanzen lassen, bin ich bereit anzunehmen, daß es gerade der ungeheuere Vorrat an klaren, durchdachten und zweckmäßigen Entscheidungsnormen war, der dem römischen Recht die Eignung gegeben hat, ein Weltrecht zu werden.

Trotz ihres trümmerhaften Zustandes gestatten uns die Quellen einen tiefen Blick in die Werkstätte der römischen Jurisprudenz. Das Aktionensystem, das das römische Recht in der für die Rechtsbildung wichtigsten Zeit beherrschte, bedeutet, daß für jeden Anspruch ein eigenes Verfahren besteht: die Parteien müssen vor Gericht ihr Begehren und ihre Anträge in bestimmten Worten stellen, dabei bestimmte Handlungen vornehmen, und das alles ist für jede actio in den Vorlagen genau vorgeschrieben. Das Aktionensystem entstand aus dem Rechtsgang in der Urzeit. Denn das Gericht konnte ursprünglich nur wegen bestimmter Untaten angerufen werden, und dabei mußte der Kläger sowohl die Untat, als auch die Buße, die er dafür verlangt, im vorhinein bezeichnen: Aus den nach Untaten verschiedenen Klagen entstanden nachträglich nach Ansprüchen verschiedene Aktionen. Bei der römischen rei vindicatio tritt der Zusammenhang mit der alten Diebstahlsklage noch sehr klar hervor. Da für einen Anspruch eine neue actio zu erlangen offenbar mit großen Schwierigkeiten verbunden war, mußten die vorhandenen Vorlagen fortwährend umgearbeitet werden, um so das Aktionensystem mit den Bedürfnissen des Lebens in Einklang zu bringen. Dazu gehörten große juristische Kenntnisse und eine bedeutende technische Fertigkeit. Die Vorlagen mußten so verfaßt werden, daß sie sich den Ansprüchen gut anpaßten, und daß mit jedem möglichst viele Ansprüche geltend gemacht werden konnten; die Verfasser mußten daher einen scharfen Blick haben für die einzelnen Lebensverhältnisse, aus denen die Ansprüche entstanden, und für das den vielen Ansprüchen, für die sie eine neue actio zurecht legten, Gemeinsame. Das alles war auch bestimmend für die Urkundenkunst. Bei der verhältnismäßig großen Starrheit und Unbeweglichkeit der actiones handelte es sich darum, die Urkunde so zu fassen, daß dafür eine actio paßte, oder die Parteien durch Sicherheiten soweit zu decken, daß sie auf die actio verzichten konnten.

Unter diesem System vollzog sich die juristische Verallgemeinerung gewissermaßen mechanisch: jeder preßte nach Möglichkeit das Verhältnis, das er beurkunden wollte, in eines der bekannten Urkundenvorlagen, und den Anspruch, den er geltend machen wollte, in eines der bekannten Streitvorlagen hinein; und für jeden Anspruch ergab sich aus der actio nicht nur das Verfahren, sondern, zumal im Zusammenhang mit der dazu gehörigen Urkunde, auch ein gutes Stück des materiellen Rechts. Für die Ansprüche aus demselben Urkundenformular und nach demselben Streitformular gab es daher immer eine Reihe gemeinsamer Rechtsregeln. Sobald für einen Dotalvertrag einmal die Urkunde und die actio festgelegt worden ist, war auch ein allgemeines Dotalrecht gegeben, denn jeder schloß den Vertrag möglichst nach der vorhandenen Urkunde ab, um die bereits anerkannte actio zu

haben. Das Bestreben, mit den Vorlagen zu sparen, führte endlich dazu, ganz verschiedenartige Verhältnisse zu einer gemeinsamen actio zu vereinigen, so etwa den Arbeitsvertrag unter die Kategorie des Mietvertrages, den Ersatzanspruch des Vormunds (ursprünglich) oder des Kurators unter die Kategorie der negotiorum gestio zu bringen: es verleitete daher zu oft sehr unnatürlichen juristischen Konstruktionen und zu einer sehr unbefriedigenden Verzerrung des materiellen Rechts. Die Römer bezeichnen das Urkundenverfassen mit dem Ausdruck cavere, das Verfassen der Streitformularien mit dem Ausdruck agere; dazu kam noch das respondere, das Erteilen der juristischen Gutachten, das selbstverständlich ebenfalls zu einem Hebel der Verallgemeinerung wurde. Ein gutes Stück des römischen Rechts werden wir erst verstehen, wenn sich wenigstens ein geringer Teil des Fleißes, der bisher für die Wiederherstellung des prätorischen Edikts verwendet worden ist, der Übung der römischen Urkundenverfasser zuwenden wird. So schwer es auch ist, in unserer Überlieferung Spuren der römischen Vertragsformulare zu entdecken, nach vielen Richtungen könnte dafür weit mehr geschehen als bisher der Fall war. Dann wird manches klar werden, was uns bisher unbegreiflich war. Die Technik der Juristen war, als das freiere Verfahren mit Schriftformeln, anstatt der alten Spruchformeln, eingeführt worden ist, bereits soweit festgelegt, daß diese Neuerung ohne wesentlichen Einfluß darauf geblieben sein muß.

Mit der Frage, auf welchem Wege die Ansichten der Juristen zu einem Bestandteil des vor Gericht verbindlichen Rechts, des ius civile, wurden, habe ich mich in meiner Schrift über die Theorie der Rechtsquellen befaßt. Aus dem leider so mangelhaften Enchiridionbruchstück des Pomponius können wir nur entnehmen, daß sie zur Zeit des Freistaats aus der disputatio fori siegreich hervorgegangen sein mußten. Nach einer Bemerkung Suetons wollte schon Cäsar Ordnung in die Sache bringen (ius civile ad certum modum redigere); vielleicht führte August nur diese Absicht aus, indem er das ius respondendi regelte. Aber die Juristen schufen Recht nicht bloß als Gutachter: ihr Einfluß als Lehrer und Schriftsteller dürfte wohl viel durchgreifender gewesen sein. Wie sie dabei vorgingen, lehrt wohl ein Blick auf die uns erhaltene juristische Literatur. Der Jurist führt seine Ansicht meist sehr bescheiden ein: et puto, magis arbitror, sed magis sentio, aequius est, magis est; nur sehr selten kommen so kräftige Wendungen vor wie existimo constituendum. Daran knüpft die disputatio an, nicht mehr auf dem Forum, sondern in der Literatur: et magis placuit, sed magis visum est, et magis putat Pomponius . . . et ego puto, secundum Scaevolae sententiam quam puto veram, et magis admittit (Marcellus) tenere eum, et est aequissimum, oder auch mit einer Ab-

lehnung: quae sententia vera non est et a multis notata est, nec utimur Servii sententia; bis sich schließlich die Regel festsetzt: maiores constituerunt, Cassii sententia utimur, Labeo scribit eoque iure utimur, et hoc et Julianus admittit eoque iure utimur, haec Quintus Mucius refert et vera sunt, abolita est enim quorundam veterum sententia. Erst wenn man von einer Regel, die von einem Juristen angesprochen wird, sagen konnte: eoque iure utimur hat sie sich endgültig durchgekämpft.

Wohl erst mit der Einführung des Formularverfahrens beginnt das prätorische Recht sich mächtig und selbständig zu entwickeln. Zweifellos ist die schöpferische Tätigkeit des Prätors lange Zeit sehr überschätzt worden. Aus der Lenelschen Ediktsrekonstruktion ergibt es sich zur Genüge, wie gering der Anteil des Prätors an dem ganzen stolzen Bau des römischen Rechts gewesen ist. Das Edikt enthält Rechtssätze sehr verschiedener Art: Prozeßrecht, Strafrecht, Polizeiverordnung: soweit es sich jedoch um bürgerliches Recht handelt, ist es zum größten Teil Juristenrecht, und zwar richterliches Juristenrecht. Es wurde vom Prätor aus Anlaß seiner richterlichen Tätigkeit gefunden, seine Normen lehnen sich an die des Juristenrechts unmittelbar an, dessen Prozeßvorlagen der Prätor oft nur durch geringfügige Änderungen für seine Zwecke verwertete, und es ist kaum zweifelhaft, daß dieselben Juristen, die am ius civile arbeiteten, dem Prätor auch die Gedanken für sein Edikt eingaben. Und so beruht auch die Normenfindung, ebenso wie die des Juristenrechts, auf Verallgemeinerungen aus der konkreten Natur der einzelnen Lebensverhältnisse, teils auf denselben Grundsätzen der Gerechtigkeit und Billigkeit, denen auch die Juristen folgen. Der Prätor war zwar durch die leges und das ius civile beschränkt, mußte wohl auch den Aufträgen des Senats sich fügen, durfte aber doch jedenfalls, auf sein imperium gestützt, kühner und entschiedener vorgehen, als die Juristen. Wo für ihn die Grenze war, ist nicht festzustellen: wahrscheinlich schwankte sie je nach der Zeit und der Persönlichkeit.

Die rein praktische Tätigkeit der Juristen erklärt jedoch nicht alles. Ein Recht, das ausschließlich aus der praktischen Rechtsübung hervorgeht, führt nur zu lose nebeneinander stehenden Rechtssätzen: wir sehen das am deutschen Recht des Mittelalters und vielfach am heutigen englischen Recht. Wenn uns das römische Recht schon bei den Juristen des späteren Freistaates als ziemlich wohlgeordneter und geschlossener Bau mit einer großen Zahl allgemeiner Rechtsätze erscheint, so liegt das daran, daß die römischen Juristen nicht nur Praktiker, sondern auch Schriftsteller und Lehrer waren. Freilich, wären sie nichts als Schriftsteller und Lehrer gewesen, hätte ihr Wort kein anderes Gewicht, als das ihm seine Begründung verleiht, sie

hätten sich, wie die englischen Textbookverfasser, darauf beschränken, müssen, die Ergebnisse der Rechtsprechung zusammenzustellen, sie gelegentlich mit einer bescheidenen Kritik zu verbrämen, und hie und da schüchtern die eine oder die andere noch nicht gewagte Folgerung daraus zu ziehen. Aber ziemlich bald gelangte in Rom die Rechtsübung dazu, den literarischen Aussprüchen der Juristen dieselbe Bedeutung beizumessen, wie sie die Aussprüche unbestritten hatten, die sie in ihrem praktischen Berufe getan haben. Und so durften sie sich auch als Schriftsteller erlauben, dem, der sich aus ihren Werken Rat holen wollte, nicht bloß zu sagen, wie man es bisher gehalten hat, sondern auch bisher noch übersehene Möglichkeiten vorausahnend, weitere Verallgemeinerungen vorzunehmen und neue Entscheidungsnormen zu schaffen. Noch schwerer fällt es ins Gewicht, daß sie Lehrer gewesen sind. Nur dem juristischen Lehrer eigentümlich ist das Bestreben, den Inhalt eines Rechtssatzes vollständig auszuschöpfen, alles aufzudecken, was er verbirgt. Ein Lehrer will allerdings nicht Recht schaffen, aber er will es entwickeln. Wenn es der Praktiker etwa mit einem Vertragsanspruch zu tun hat, so wird er bei den Punkten verweilen, auf die es im Rechtsstreit gerade ankommt. Wenn der Schriftsteller sich damit befaßt, so wird er die Zufälligkeiten vorzüglich ins Auge fassen, die zu einem Rechtsstreit Anlaß geben. Der Lehrer wird aber alles sagen wollen: wem das Recht zusteht, gegen wen es geltend gemacht werden kann, an welchem Orte, zu welcher Zeit es zu erfüllen ist, welchen Inhalt es hat und haben kann, welche Folgen der Verzug und welche die Nichterfüllung nach sich zieht. Seine großartige systematische Vollständigkeit und Abrundung verdankt das römische Recht der Lehrtätigkeit der Juristen.

Will man dem Werke, daß die römische Jurisprudenz dergestalt vollbracht hat, einigermaßen gerecht werden, will man sich überzeugen, daß das römische Recht das, was es ist, nur durch die Jurisprudenz, nicht etwa durch eine rätselhaft angeborene besondere juristische Begabung der Römer geworden ist, dann vergleiche man nur das römische ius civile mit irgend einem Rechtsgebiete bei ihnen, das dem Einflusse ihrer Jurisprudenz herkömmlicherweise entrückt war. Das waren unter anderem die Rechtsverhältnisse am ager publicus, das Staatsrecht und ein großer Teil des Verwaltungsrechts, das öffentliche Strafrecht, das erst sehr spät, spärlich, und nur insofern es durch die leges iudiciorum geregelt war, von den Juristen bearbeitet worden ist. Hier findet sich nichts von dem, was sonst am römischen Recht bewunderungswürdig ist. Für den ager publicus gab es kaum welche allgemeinen Grundsätze; jede einzelne Pachtung war ein eigenes Rechtsverhältnis, und der römische Magistrat mußte

gerade so wie der deutsche Schöffe im einzelnen Falle, seine Entscheidung aus der besonderen Gestaltung des Rechtsverhältnisses folgern. Im Strafrechte sucht man vergebens nach einer allgemeinen Theorie; in allen grundsätzlichen Fragen ein verlegenes Stammeln, Entscheidungsnormen werden ausschließlich durch Auslegung der Gesetze gewonnen. Das alles hängt gewiß nicht am Stoffe, sondern nur am Mangel einer großen juristischen Überlieferung: denn die iniuria wird nicht minder geistvoll behandelt, wie sonst ein privatrechtlicher Gegenstand. Ob die römische staats- und verwaltungsrechtliche Jurisprudenz je etwas anderes war, als eine etwas geordnetere Zusammenfassung von Gesetzen und Verordnungen und der Ergebnisse der Rechtsübung, läßt die Überlieferung nicht mit Sicherheit erkennen.

Und doch zeigt gerade die Geschichte der römischen Jurisprudenz, daß diese im wesentlichen, wie jede Jurisprudenz, viel mehr eine erhaltende als eine treibende Macht gewesen ist. Nur zögernd, widerwillig und mißmutig gibt sie den unabweislichen Forderungen des Lebens nach und geht nie über das unbedingt Notwendige hinaus. Und auch das unbedingt Notwendige tut sie am liebsten versteckt, verkleidet das Neue als Altes, mit Hilfe unmöglicher Auslegungen, Fiktionen, Konstruktionen. Sehr nützliche, aber etwas kühne Neuerungen werden noch von den Klassikern abgelehnt. Gewiß ist es, daß die Juristen an das, was bereits feststehendes Recht war, gebunden waren; im übrigen lag die Grenze ihrer Macht wohl mehr in einem Gefühl für das noch Zulässige, als daß sie klar vorgezeichnet gewesen wäre. Wären sie bei ihrer Rechtsfindung ganz unbeschränkt gewesen, so hätte es weder einer privatrechtlichen Gesetzgebung (leges de iure civili) noch auch des prätorischen Edikts bedurft, die Jurisprudenz hätte von selbst jedem Bedürfnis nach neuem Recht genügen können. Die Art, wie die römische Jurisprudenz in dem übrigens nicht nur ihr, sondern jeder Jurisprudenz eigentümlichen Bestreben, mit dem Vorhandenen auszukommen, nicht einen Schritt über das Notwendige hinauszugehen suchte, die von Jhering sogenannte Ökonomie des Rechts, war nach vielen Richtungen für die gemeinrechtliche Jurisprudenz vorbildlich.

XII.

Die englische Jurisprudenz.

Es ist für die Soziologie des Rechts eigentlich ein ganz besonderer Glücksfall, daß die englischen Juristen seit dem frühen Mittelalter (more Roman then the Romanists, sagt Maitland) sich dem römischen Recht beharrlich verschlossen. Dem hat sie es zu verdanken, daß bei den Völkern der europäischen Gesittung neben dem römischen und gemeinen noch ein zweites Rechtssystem, das angloamerikanische, es zu einer hohen und durchaus selbständigen Entwicklung gebracht hat. Wenn es Aufgabe jeder wissenschaftlichen Betrachtung ist, die Gesetzmäßigkeiten der Erscheinung festzustellen, so wäre das in der Soziologie des Rechts kaum möglich, gäbe es kein anderes Rechtssystem auf höherer Stufe, als das römische und das daraus hervorgegangene gemeinrechtliche. Denn die Rechte der anderen Völker des Erdballes, die dem Einfluß des römischen Rechts entrückt waren, sind, wie es scheint, so sehr zurückgeblieben, daß man sie höchstens für frühe Stufen zum Vergleiche heranziehen kann. Ein Vergleich der ganzen römischen und englischen Rechtsentwicklung fällt allerdings nicht in den Rahmen dieser Untersuchungen, sie werden sich vielmehr auf die Betrachtung der englischen Jurisprudenz mit fortwährender Rücksicht auf die römische und festländische beschränken. Aber eine Würdigung der englischen Jurisprudenz ist nicht möglich, ohne wenigstens einen flüchtigen Blick auf die Entwicklung des englischen Prozesses zu werfen.

Der älteste englische Prozeß ist von dem ursprünglichen Prozeß der anderen germanischen Völker nicht verschieden. Er dürfte also in den wesentlichen Zügen mit dem vorhistorischen römischen Prozeß übereinstimmen. Diese für viele vielleicht befremdliche Ansicht gründet sich darauf, daß alles, was am historischen römischen Prozeß als besonders auffallende Eigentümlichkeit erscheint, die Zweiteilung, das einem Vorverfahren nachfolgende Beweisverfahren, der Schnitt der litis contestatio, offenbar Überbleibsel einer früheren Entwicklungsstufe des Prozesses ist, und sich, wenn nicht alles täuscht, im wesentlichen auch bei den germanischen Völkern findet. Die formula des späteren römischen Prozesses ist sowohl der Form als auch dem In-

halte nach nichts anderes, als das bedingte Beweisurteil, dem sowohl bei den Römern wie bei den Germanen erst das Beweisverfahren folgt. Da die Zweiteilung des Prozesses auch für das Legisaktionenverfahren verbürgt ist, da die litis contestatio hier ebenso einen Einschnitt macht, wie beim Formularverfahren, so ist es zweifellos, daß bei der litis contestatio im Legisaktionenverfahren ebenso wie im Formularverfahren ein zweizüngiges Beweisurteil gefällt wurde, das, wenn auch nicht schriftlich abgefaßt, nach Form und Inhalt der formula außerordentlich nahe stand.

Die eigentliche Entwicklung des englischen Rechts und des englischen Prozesses beginnt mit Heinrich II. im XII. Jahrhundert. Dieser König war wohl eines der größten juristischen Genies, die je einen Thron eingenommen hatten, und wenn er auch, wie sich Maitland ausdrückt, seine Arbeit verkaufte, indem er von den Parteien hohe Zahlungen dafür verlangte, so leistete er doch dabei viel Besseres, als je ein Verkäufer der Gerechtigkeit geleistet hat. Es muß vor allem an dieser Stelle wenigstens eine ganz kurze Skizze seiner Neuordnung des Rechtes gegeben werden. Vorauszuschicken ist, daß er aus seiner curia regis einen ständigen Gerichtshof bildete, in dem er, Jurist mit Leib und Seele, persönlich den Vorsitz zu führen pflegte.

Die wichtigste unter seinen prozessualen Neubildungen ist wohl die, allerdings, wie es scheint, unter dem Einfluß der kanonischen actio spolii erfundene assisa novae disseissinae, die jedem, der seines Besitzes entsetzt worden ist, freistellte, einen writ zu erwirken, durch den der sherif beauftragt wurde, eine assisa aus zwölf Nachbarn (XII liberos et legales homines de visneto) zu bilden, die, sobald die königlichen Richter in die Ortschaft kommen würden, die ihnen vom Richter vorgelegte Frage zu beantworten hätten, ob eine Besitzentsetzung stattgefunden habe. Dieser assisa novae disseissinae folgten dann später mehrere andere Assisen, deren Grundgedanke derselbe war: Ladung durch einen königlichen writ vor den Richter und das Urteil auf Grund eines Wahrspruches der Nachbarn. Außerdem hatte der König jedem, der einen Anspruch auf ein liegendes Gut geltend machen wollte, gestattet, diesen durch einen königlichen writ den gemeinen örtlichen Gerichten zu entziehen und ihn vor die curia regis zu bringen. Diese Neuerungen boten den Parteien zahlreiche Vorteile: Vor allem als Gericht die curia regis, die viel größeres Vertrauen genoß als die örtlichen Gerichte, dann ein rasches, technisch viel höher stehendes Verfahren als der unbeholfene alte germanische Prozeß, und an Stelle der hergebrachten, höchst mangelhaften Beweismittel durch Zweikampf oder durch Eid mit Eideshelfern, das Zeugnis der Nachbarn.

Wir haben es hier mit dem ersten Keime der englischen jury zu tun. Wie Brunner nachgewiesen hat — und das Ergebnis seiner

Forschungen wird jetzt in England ganz allgemein angenommen —, stammt dieses Verfahren aus der Normandie. Heinrich II., der ja gleichzeitig Herzog der Normandie war, wird es in seiner Heimat kennen gelernt haben. Er hat es aber in so großartiger Weise neuen Bedürfnissen angepaßt, daß seine Ordnung als eine der größten gesetzgeberischen Taten bezeichnet werden kann. Die assisa ist allerdings noch nicht die englische jury. Diese entwickelt sich aus ihr viel später. Während bei der assisa die homines liberi et legales mit der Ladung zusammen einberufen werden, setzt die jurata eine einverständliche Unterwerfung der Parteien unter den Spruch ihrer Nachbarn voraus. Die jurata entsteht später dadurch, daß die Parteien sich, ohne eine assisa zu verlangen, auf den Spruch ihrer Nachbarn einigen, um die unwillkommenen Beweismittel, den Zweikampf und den Eid mit Eideshelfern, zu vermeiden. Es kommen die Parteien aber auch bei der assisa oft überein, daß die Nachbarn noch über andere Punkte, als die im writ erwähnten, ihren Spruch abzugeben haben werden. Das nennen die mittelalterlichen englischen Juristen: assisa vertitur in iuratam.

Wegen der technischen Vorzüge des Verfahrens vor den königlichen Gerichten und der besseren Gewähr eines richtigen Urteiles und der Unparteilichkeit verschwindet allmählich der alte germanische Prozeß und wird durch verschiedene neue Prozeßarten nach Muster der assisa novae disseisinae ersetzt. Der Kläger wendet sich an die königliche Kanzlei und erhält hier gegen Bezahlung einer Gebühr den writ, der seinen Gegner auffordert, vor dem königlichen Gerichte zu erscheinen. In dem writ ist der Anspruch und in großen Zügen auch das Verfahren bezeichnet. Jede Art des Anspruches hat seinen eigenen writ. Eine Anzahl von writs gelten als die gewöhnlichen; läßt sich aber ein Anspruch unter diese nicht unterbringen, so muß ein besonderer writ verfaßt werden, was selbstverständlich eine höhere Gebühr kostet und wohl auch einigen Einfluß des Klägers bei den königlichen Gerichten voraussetzt. In den spätern Verfahrensarten (actions) wird die assisa ganz von der jury verdrängt. Der Unterschied besteht darin, daß die Vorladung der Geschworenen nicht mehr mit dem writ angeordnet wird, sondern erst auf Antrag der Parteien stattfindet, und daß die Frage, über die die Geschworenen den Wahrspruch abgeben sollen, nicht im vorhinein im writ angegeben wird, sondern aus dem Verfahren hervorgehen soll.

Jeder Romanist, der diese Schilderung liest, denkt sofort an das römische Formularverfahren und an das prätorische Album, wo alle zum gewöhnlichen Gebrauche bestimmten Formeln verzeichnet waren, unter denen sich der Kläger die geeignete auszusuchen hatte; war aber eine entsprechende Formel nicht zu finden, so mußte der Kläger

sich erst eine besondere verfassen lassen oder vom Prätor verschaffen. In der Tat vergleichen die englischen Rechtshistoriker außerordentlich häufig dieses Verfahren, das bis zu den Judicature acts im XIX. Jahrhundert in England herrschte, mit dem römischen Formularverfahren. Trotzdem beruht der Vergleich auf einer oberflächlichen Betrachtung der Dinge. Das Gemeinsame ist, daß sowohl der writ als auch die formula (die letztere wenigstens nach der herrschenden Ansicht) ein Schriftstück waren und daß in beiden der klägerische Anspruch bezeichnet werde. Aber die formula schließt das Verfahren vor Gericht ab, der writ leitet es ein. Die formula ist ein Beweisurteil, der writ ist eine Ladung. Geht man näher auf das Wesen ein, so wird man das ältere englische Verfahren nicht mit dem Formularverfahren, sondern mit dem römischen Legisaktionenverfahren vergleichen. Daß dieses mit einer privaten Ladung, der in ius vocatio, der englische Prozeß mit einer amtlichen begann, ist wohl kein wesentlicher Unterschied. Aber gerade so wie in Rom hatten auch in England der Kläger und der Beklagte ihre Anträge in bestimmten festen Worten zu stellen, im Anschluß an das, was im königlichen writ gesagt wurde und im Anschluß an die rechtliche Grundlage des Prozesses. Gerade so wie in Rom war auch in England das formelle Recht zugleich das materielle. Jede Art des Anspruches hatte seinen eigenen Prozeß, und das Prozeßrecht war maßgebend für die materiellen Rechtsgrundlagen des Anspruches. Ebenso wie das römische materielle Recht zum größten Teile ein Recht der einzelnen actiones war, so war es auch in England. Jede action hat ihre eigenen precedents, und englische Juristen schreiben über die einzelnen actions ihre textbooks: To a very considerable degree the substantive law administered in a given form of action has grown up independently of the law administered in other forms. (Maitland.) Das älteste englische Recht war also ebenso wie das römische Recht ein Aktionenrecht. Neben diesen vielen Analogien verschwindet wohl die Bedeutung der Unterschiede, sie sollen aber nicht ganz übergangen werden. Der englische Richter leitet das ganze Verfahren im Beisein der Geschworenen, er fällt im entwickelten Prozeß nicht mehr, wie der römische, ein Beweisurteil, sondern läßt die Parteien selbst die Tatfrage formulieren, von deren Entscheidung sie den Ausgang des Prozesses abhängig machen wollen — issue —, legt sie sodann den Geschworenen vor und fällt auf den Wahrspruch hin das endgültige Urteil. Die Geschworenen haben mit der Rechtsfrage nichts zu tun, über diese erkennt also ausschließlich der Richter.

Erst infolge der Judicature acts, die die alten Formeln aufheben und den Parteien anheimstellen, in beliebiger Weise schriftlich ihre Anträge vor Gericht zu stellen, wird das englische Legisaktionen-

verfahren durch ein dem römischen Formularverfahren wesentlich gleichgeartetes ersetzt. Dieses ist wieder zweiteilig, ebenso wie es das römische Formularverfahren war (in chambers und in court) nur folgt das Verfahren vor dem Richter, also das Verfahren in iure, dem vorbereitenden Verfahren, und überdies umfaßt das Verfahren vor dem Richter auch den Beweis.

Für das Verständnis der Entwicklung des englischen Prozesses ist es außerordentlich wichtig, daß die Richter selbst an den Prozessen, wegen der hohen Gebühren, die ihnen zufielen, ein Interesse hatten. Daraus erklärt sich, daß sie fortwährend bestrebt waren, ihre Zuständigkeit zu erweitern und die Klagen möglichst praktisch dem Bedürfnis der Parteien gemäß zu gestalten, damit ihre Tätigkeit wachse. Sonderbarerweise haben sie kein Interesse an einem schleunigen und einfachen Verfahren gezeigt: vielleicht haben sie befürchtet, es könnte ein solches ihre Sporteln vermindern.

Die Zuständigkeiten zu begründen, bedienten sich die englischen Juristen der Fiktionen. Es gab drei königliche Gerichte von größerer Bedeutung, alle drei mit dem Sitze in London, Common Pleas, Kings Bench und Exchequer. Das eigentliche Zivilgericht waren die Common Pleas. Die Zuständigkeit der Kings Bench, die für Rechtsstreitigkeiten zwischen Privaten an sich nur sehr selten zugetroffen hätte, beruhte meist auf der Fiktion, der Beklagte befinde sich in custodia Mareschalli, in der Haft des Königs, sei also der Hofgerichtsbarkeit der Kings Bench unterworfen. Der Exchequer, der eigentlich eine Finanzbehörde war, stützte seine Zuständigkeit auf die Fiktion, der Kläger schulde dem König Steuern und könne sie nicht bezahlen, weil er vom Beklagten sein Geld nicht hereinbringen könne.

Die Tätigkeit der Gerichte hängt aber vor allem davon ab, daß der Kläger einen entsprechenden writ erhalten könne. Paßt der writ nicht für seinen Anspruch, dann verliert er den Rechtsstreit. Im frühen Mittelalter wurden allerdings die writs in der königlichen Kanzlei offenbar für jeden gerechtfertigt erscheinenden Anspruch leicht ausgegeben, und so durfte Bracton schreiben: Tot erunt formulae brevium quot sunt genera actionum. Aber mit der Zeit wird das schwieriger: ohne weiteres werden nur writs as of course ausgefolgt. Die Barons, versammelt zu Oxford (1258) beschließen: Ke il ne enselera nul bref fors bref de curs sanz le commendement le rei e de sun conseil ke serra present (ut praetores ex edictis suis perpetuis ius dicerent). Aber schon das Statute of Westminster (1258) gestattete den clerici de cancellaria, wenn sie einig sind, in consimili casu ein breve zu verfassen: ne contingat de cetero quod curia diu deficiat querentibus in iustitia perquirenda. Können sich die clerici nicht einigen, so sollen sie an das Parlament berichten. Trotzdem wird es

seit dem XIV. Jahrhundert immer schwerer, einen neuen writ zu erlangen, zumal die Richter auf den Kanzler eifersüchtig zu werden beginnen und ungewohnte brevia leicht vernichten. Bractons Lehrsatz wurde tatsächlich in sein Gegenteil verkehrt: Tot erunt actiones quot sunt formulae brevium.

Nur ein einziger writ bildet eine Ausnahme: der trespass. Ursprünglich eine Strafklage wegen Bruches des königlichen Friedens vi et armis, verwandelt er sich etwa im XVI. Jahrhundert in eine Zivilklage, und auf ihn gehen fast alle im XVIII. und XIX. Jahrhundert noch gebräuchlichen Klagen zurück. Seine ältesten drei Formen sind: assaults and batteries (körperliche Verletzung), de bonis asportatis (Besitzentziehung beweglicher Sachen), und quare clausum fregit (Besitzstörung und Besitzentsetzung bei unbeweglichen Sachen).

Der trespass wurde ungemein beliebt, zeigt eine ganze Reihe neuer Formen, die im XVII. und XVIII. Jahrhundert alle älteren Klageformen aus der Rechtsübung praktisch verdrängten. An den trespass vi et armis schloß sich schon anfangs des XVI. Jahrhunderts ejectment an und vertrat von nun an die dingliche Klage wegen unbeweglichen Guts. Auf Grund des Statute Westminster II in consimili casu zweigte sich von trespass im XV. Jahrhundert der case ab. Aus dem case, der sich vom trespass hauptsächlich dadurch unterscheidet, daß der Kläger das vi et armis nicht zu behaupten braucht, entwickeln sich wieder mehrere wichtige Formen. Vor allem zu Beginn des XVI. Jahrhunderts assumpsit: Der Beklagte hat es dem Kläger gegenüber vertragsmäßig übernommen, mit einer ihm vom Kläger übergebenen Sache in einer bestimmten Weise zu verfahren, etwa eine Arbeit daran zu verrichten, und hat dabei den Kläger geschädigt. Aus diesem assumpsit wird in der Folge eine Klage aus Versprechen, eine Vertragsklage, die an Stelle der alten Schuldklage (debt) tritt. In Slades case (1682) wird entschieden: Every contract executory imports in itself an assumpsit, for when one agrees to pay money or to deliver anything, thereby he assumes or promises to pay or deliver it. Das ist der indebitatus assumpsit, der dann zum Teile zu einer bloßen Bereicherungsklage wird: in which the element of contract is purely fictitious. Mitte des XVI. Jahrhunderts beginnt im Gebiete des trespass in case der trover zu keimen: der Beklagte hat eine bewegliche Sache, die der Kläger verlor, gefunden, und trotz Aufforderung stellt er sie nicht zurück, er hat sie zu eigenem Nutzen verwendet (conversion). Trover geht in der Folge gegen jeden Dritten, Verlust und Finden wird fingiert, wesentlich ist nur die Aufforderung, die Sache zurückzustellen, das Vorenthalten und die Verwendung zu eigenem Nutzen. Trover wird zur allgemeinen dinglichen Klage wegen beweglicher Sachen und zugleich einer sehr verwendbaren Bereiche-

rungsklage (Verwendung fremder Sachen zu eigenem Nutzen). Je nachdem diese Klagen auf Rückstellung der Sache selbst, auf Schadenersatz oder auf beides gehen, sind sie real actions, personal actions und mixed actions. Ejectment ist real action, assumpsit und trover personal action, denn bei beweglichen Sachen und Vertragsverhältnissen kann der Kläger in law (anders in equity) nur Schadenersatz verlangen. Daher zählen die Engländer bewegliche Sachen und Forderungen zur personal property.

Trespass verdankt seinen ungeheueren Erfolg verschiedenen Umständen. Vor allem einem Verfahren, das viel kräftiger und rascher war, als bei den älteren Formen. Sein Ursprung in einer Strafklage wegen Bruches des königlichen Friedens (vi et armis) brachte es mit sich, daß er lange Zeit mit einer vorläufigen Verhaftung des Beklagten begann. Auch der Beweis war viel besser geordnet. Bei den alten dinglichen Klagen (writ of right, detinue) und Vertragsklagen (debt) gab es noch den Eid mit Eideshelfern (wager of law). Bei den Assisen mußten die Geschworenen mit dem original writ einberufen werden und durften nur auf die ihnen in dem writ zugleich formulierten Fragen antworten; hier gab es eine Jury, sie wurde während des Verfahrens einberufen und hatte auf die Fragen zu antworten, die sich aus den Parteianträgen ergaben. Auch der Einfluß der Anwälte war von Bedeutung. Der trespass war der Kings Bench vorbehalten. Bei den Common Pleas hat eine bestimmte Art von Anwälten, die durch einen königlichen writ ernannt wurden, serjeants-at-law, das Vertretungsmonopol gehabt. Alle anderen Anwälte hatten offenbar ein Interesse daran, die Rechtsstreitigkeiten der Kings Bench zuzuführen, bei der sie selbst auftreten durften, also auch die Zahl der Klagen zu mehren, für die nur dieses zuständig war.

Die Erweiterung des Anwendungsgebiets der einzelnen actions geschah zum Teil dadurch, daß die Richter in ihren Urteilen eine bestimmte Klagform als anwendbar in einem bestimmten Falle erklärten. Damit war für die Zukunft die Bahn frei. So hat Slides case den assumpsit zu einer allgemeinen Vertragsklage gemacht. Noch wichtiger ist das System der Fiktionen. Die berühmteste ist die des ejectment, der dinglichen Klage wegen unbeweglichen Guts des späteren englischen Rechts. Ejectment war ursprünglich die Besitzklage (trespass) des Pächters gegen jeden Dritten, der ihn des Besitzes beraubte. Der Eigentümer, John Rogers, verschaffte sie sich anfänglich so, daß er auf Grund des behaupteten Eigentumstitels sich des Besitzes des Grundstücks tatsächlich bemächtigte und das Grundstück an Richard Smith verpachtete. Richard Smith, der Pächter, wird nun von William Stiles entsetzt und klagt diesen. William Stiles, der casual ejector, verkündet den Streit dem Besitzer des Grundstücks, George Saunders.

Im Streite gegen den Besitzer mußte der Pächter anfänglich beweisen: 1. daß der Eigentumsansprecher berechtigt war, ihm das Grundstück zu verpachten, also Eigentümer des Grundstücks war; 2. daß er ihm das Grundstück tatsächlich verpachtet habe; 3. daß er, der Pächter, vom Grundstück Besitz ergriffen habe; 4. daß er vom casual ejector entsetzt worden sei. Dieses Verfahren wurde jedoch durch eine Reihe von Fiktionen, die vom Chief Justice Rolle unter dem Commonwealth erfunden worden sind, erheblich vereinfacht. Fingiert wird die Verpachtung, die Besitzergreifung und die Besitzentsetzung durch William Stiles. Dieser, der fingierte casual ejector, verkündet einfach den Streit dem Besitzer, George Saunders. Schweigt der Besitzer, George Saunders, so wird das Grundstück dem Pächter (für den eigentlichen Kläger) zugesprochen, denn der casual ejector hat gar nicht die Absicht, sein Recht zu verteidigen. Will der Besitzer sich in den Streit einlassen, so wird ihm das nur zugestanden unter der Bedingung, daß er zugibt, John Rogers habe das Grundstück an Richard Smith verpachtet, dieser habe auf Grund des Pachtvertrages den Besitz ergriffen und sei von William Stiles entsetzt worden. Nach diesen Zugeständnissen dreht sich der Rechtsstreit nur noch um die Frage, ob John Rogers berechtigt war, das Grundstück an Richard Smith zu verpachten, also um das Recht des John Rogers.

Die Frage liegt nahe, warum man diesen umständlichen Umweg wählte, um dem Eigentümer das Rechtsmittel des Pächters zu geben, anstatt unmittelbar ein derartiges Rechtsmittel für ihn zurechtzulegen. Maitland meint, das wäre deswegen nicht angegangen, da der Eigentümer ohnehin die Eigentumsklage, writ of right, und die Besitzklage (Assisen) hatte: darüber habe man sich nicht hinwegsetzen können. Da trespass schließlich mit allen Fiktionen die besten Dienste leistete, so war auch kein Bedürfnis nach einer Änderung vorhanden. Man gab sich, da es keinen Nachteil brachte, damit zufrieden, das Rechtsverhältnis zwischen dem wirklichen Kläger und dem Beklagten in einem Streite zu erörtern, in dem es sich der Form nach nur um eine fingierte Störung des Besitzes eines fingierten Pächters durch einen fingierten Streitverkünder des Beklagten handelt. Durch eine Reihe von Judicature acts im XIX. Jahrhundert wurde dieses Legisaktionenverfahren aufgehoben und durch ein freies Formularverfahren ersetzt, von dem an anderer Stelle die Rede sein wird.

Im XII. und XIII. Jahrhundert war das englische Recht, wie es von den königlichen Gerichten gehandhabt worden ist, außerordentlich flüssig und dehnbar. Aber im XIV. und XV. Jahrhundert wird es steif und formell, zumal wegen der großen Schwierigkeit, neue writs zu erlangen. Das ist der Anlaß, daß der Kanzler ein gutes Stück der

Rechtsfortbildung selbst in seine Hand nimmt. Seit altersher pflegten sich die Parteien an den König zu wenden, um von ihm eine Abhilfe gegen das Unrecht, das sie erlitten hätten, zu erhalten. Es ist das ein Stück der alten königlichen Gerichtsbarkeit, auf der im Grunde genommen die ganze Zuständigkeit der königlichen Gerichte beruht, die die alten Gerichte immer mehr ersetzen. Zumal seit neue writs von der Kanzlei nicht mehr ohne weiteres ausgestellt werden, mehren sich solche Gesuche an den König außerordentlich, die entweder um eine Abhilfe bitten, wo sie mangels eines entsprechenden writs von den Gerichten nicht zu erhalten ist, oder um Abhilfe gegen ein von den Gerichten gefälltes ungerechtes Urteil. Der König verweist die Parteien an den Kanzler, dieser untersucht die Sache, und wenn er sich überzeugt, daß der Partei tatsächlich Unrecht geschehen ist, so greift er selbst ein, indem er ihr zum Recht verhilft. Das Verfahren ist im allgemeinen dem der kirchlichen Gerichte nachgebildet: das liegt dem Kanzler nahe, denn er ist regelmäßig ein Geistlicher. Selbstverständlich ist damit die Tätigkeit der Gerichte weder aufgehoben, noch überflüssig gemacht. Der Kanzler darf in ihre Rechtspflege nicht unmittelbar eingreifen. Aber der Kanzler hat als königlicher Beamter Machtmittel, die er aus der königlichen Machtfülle ableitet. Auf Grund dieser abgeordneten königlichen Macht darf er vor allem den Parteien sowohl verbieten, sich im gegebenen Falle an die Gerichte zu wenden, als auch von einem Urteil, das sie bei Gericht erlangt haben, Gebrauch zu machen, und er kann schließlich den von ihm selbst gefällten Spruch durch seine eigenen Vollstreckungsbeamten durchsetzen.

Der Kanzler konnte also tatsächlich auf Begehren einer Partei jede Rechtsangelegenheit, ob bereits entschieden oder nicht, den Gerichten entziehen und sie in seine eigene Hand nehmen. Die an die Parteien gerichteten Befehle und Verbote heißen injunctions. Sie können vom Kanzler durch Verhaftung und Geldstrafen erzwungen werden; sie werden sub poena erlassen. Sie können sich selbstverständlich nicht bloß auf ein Parteianbringen vor den Gerichten, sondern auch auf die verschiedensten anderen Gegenstände beziehen.

Die Gerichte haben sich diese Einmischungen des Kanzlers nicht ohne weiteres gefallen lassen, zumal die injunctions, wenn auch nur ganz ausnahmsweise, sogar die Gerichte als solche trafen. Der Kampf gegen den Kanzler beginnt schon unter Eduard IV. und führt unter Jakob I. zum Zusammenstoß zwischen dem Richter Coke und dem Kanzler Lord Ellesmere. Der Kanzler behauptete, seine Verfügungen seien nicht an das Gericht, sondern die Parteien gerichtet: Injunctions did not interfere with the common law. The judgement stood. All that the Chancellor was concerned with, was the conduct of the parties to the

case in which the judgement has been given. Auf dieser Grundlage entschied Jakob I. den Streit infolge eines Gutachtens Bacons, damals Attorney General, zugunsten des Kanzlers. Durch die anerkannte Rechtskraft der injunctions gewann der Kanzler endgültig die Oberhand. Die Gerichte versuchten die Sache im XVII. und XVIII. Jahrhundert noch mehrmals auszufechten, aber ohne Erfolg. So mit einer eigenen Rechtspflege betraut, war der Kanzler auch imstande, ein Rechtssystem zu schaffen, das nach vielen Richtungen eine vollständige Analogie des prätorischen Rechtes in Rom bildete.

Es wäre selbstverständlich sehr oberflächlich, wollte man sich durch einige äußere Ähnlichkeiten dazu verleiten lassen, den Kanzler und den Prätor in eine Reihe zu stellen. Nicht Äußerlichkeiten, sondern der ganze innere Aufbau des von ihnen geschaffenen Rechtssystems rechtfertigt es, wenn man in beiden dieselbe historische Erscheinung erblickt. Allerdings tritt das in englischen Werken wenig hervor, da die Engländer für das begriffliche Erfassen ihres Rechts wenig Interesse haben. Wer aber etwa die Darstellung des Amerikaners Langdell liest, der wird daran schwerlich zweifeln. Seiner Schrift: Survey of Equity Jurisdiction (Cambridge in den Vereinigten Staaten 1905) entnehme ich folgendes:

„As legal rights have in them no element of equity, so equitable rights have in them no element of law . . . As law is the creature of the State, so equity was originally the creature of the supreme executive of the State i. e. the king. What then was the power of the king which enabled him to create equity? It may be answered, that he had in him the sole judicial authority as well as the sole executive power, but none of the legislative power i. e. he could not alone exercise any portion of the latter. By virtue of his judicial power he had entire control over procedure, so long as the legislature did not interfere; and this it was, that enabled him to create equity. As he had no legislative power, he could not impart to his decisions in equity any legal effect or operation, but when he had by the exercise of his judicial authority rendered a decision in equity in favor of a plaintiff, he could enforce it by exerting his executive power against the person of the defendant, to do or to refrain from doing, whatever he had by his decision directed him to do or to refrain from doing . . .“

Dem Romanisten braucht wohl nicht erst gesagt zu werden, daß man in dieser Ausführung nur wenige Worte zu ändern brauchte, damit sie auch für den Prätor gelte.

Die innere Gleichartigkeit des prätorischen Rechts und der equity äußert sich jedoch auch noch in einer Reihe von Einzelheiten. So vor allem darin, daß sie sich unmittelbar an das ius civile, das common

law, anschließt. Sie ist nichts Selbständiges, sie ist nur verständlich als Anhängsel an das common law. Ohne die equity wäre dieses zwar ein hartes und starres, den Bedürfnissen des Lebens nur wenig gewachsenes Rechtssystem, aber immerhin ein Rechtssystem. Die equity wäre ohne common law einfach unmöglich. Geradeso wie der römische Prätor sich auch inhaltlich an das ius civile anschloß, nach dem Muster der zivilen Einrichtungen prätorische bildete, durch actiones ficticiae und utiles Rechtsmittel schuf, die den zivilen folgten, dem zivilen Erbrecht ein prätorisches nachgeschickt hatte, gerade so ahmt der Kanzler dem common law nach. Es ist ein Grundsatz der equity: aequitas sequitur legem. Fast jeder Regel des common law, wenn sie nicht bloß das Verfahren betrifft, entspricht eine Regel der equity. Und ebenso wie es dem römischen Prätor gelang, auf diese Weise ganz selbständig Rechtseinrichtungen zu schaffen, wie das prätorische Eigentum oder das prätorische Erbrecht, so war das vielleicht in noch viel höherem Maße bei der englischen equity der Fall.

Immerhin sind die grundsätzlichen Unterschiede zwischen dem prätorischen Recht und der equity nicht zu übersehen. Dem Prätor unterstand der römische iudex, er konnte ihm daher unmittelbar Befehle erteilen, die dieser zu befolgen hatte. Der englische Richter ist vom Kanzler vollständig unabhängig. Der Kanzler hat dem Richter nichts zu befehlen. Er kann nur den Parteien auftragen, entweder, daß sie sich nicht an den Richter wenden oder von dem richterlichen Urteil keinen Gebrauch machen dürfen. Er kann die Parteien vor seinen eigenen Stuhl laden, hier selbst einen Spruch fällen, den er mit seinen eigenen Mitteln durchsetzen wird. Infolge dessen ist die equity aber auch dem common law gegenüber viel selbständiger, als das römische prätorische Recht dem übrigen Recht. Sie ist nicht, wie dieses, ein Bestandteil des ganzen Rechtssystems, sondern ein selbständiges Rechtssystem neben dem anderen. Und mit der Zeit nimmt die equity eine ebenso feste und starre Form an, wie das common law. Es werden keine neuen Rechtsmittel vom Kanzler geschaffen, sondern bloß die bestehenden ebenso fortgebildet, wie von den Richtern die Einrichtungen des common law. Es werden vom Kanzler keine neuen Rechtsgrundsätze ausgesprochen, sondern er baut auf seinen precedents ebenso weiter fort, wie die Richter auf den ihrigen. Die equity ist jetzt das Rechtssystem, nach dem der Kanzler vorgeht, das common law das Rechtssystem, nach dem die Gerichte entscheiden. Es bestehen Unterschiede im Verfahren; vor dem Kanzler gibt es insbesonders keine jury. Auch Unterschiede in den Rechtsfolgen gibt es. Aber im Grunde genommen ist der Kanzler ebenso Richter, wie die anderen. Ob equity angewendet wird oder common law, hängt ausschließlich davon ab, ob sich die Partei an den Kanzler

wendet oder an die Gerichte, und ob der Kanzler oder die Gerichte, an die sich die Partei wendet, für das Begehren zuständig sind. Verlangt die Partei einen Eingriff, den die equity nicht vorgesehen hat, so weist der Kanzler die Partei an die Gerichte.

Seit den Judicature acts ist die Kanzlei eine Abteilung der Supreme Court of Judicature geworden. Sie ist auch dem Namen nach ein Gericht. Bei einem Widerspruch zwischen equity und common law sollen jetzt die Grundsätze der equity überwiegen. Gewisse Rechtsmittel können allerdings nur in der Chancery, andere bei den anderen Abteilungen des Supreme Court angebracht werden. Ist aber die Zuständigkeit der Stelle einmal gegeben, dann kann sowohl die Chancery als auch die Gerichte, je nachdem der Fall liegt, common law oder equity anwenden. Nur das Verfahren ist noch immer verschieden. Obwohl jeder englische barrister sowohl in der Chancery, als auch bei den Gerichten seine Tätigkeit entfalten kann, so ist es doch herkömmlich, daß überwiegend die barristers, die in Lincolns Inn ihre Amtsstube haben, in der Chancery beschäftigt werden. Die equity umfaßt im wesentlichen das Recht der trusts, ein gutes Stück des Pfandrechts, einige erbrechtliche Rechtsmittel, die specific performance (das Recht, bei Vertragsverbindlichkeiten Erfüllung, nicht bloß Schadenersatz zu erlangen), schließlich die injunctions, die bereits erwähnten vorläufigen Verbote an eine Partei, wenn der Verbotswerber einen unwiederbringlichen Schaden befürchtet. Die equity betrifft daher nur eine kleine Zahl von Rechtseinrichtungen und Rechtsmitteln. Darunter befindet sich aber eine, die schon für sich ein selbständiges Rechtssystem bildet. Das ist der trust.

Die trusts gehen auf das XIV. Jahrhundert zurück. Die ursprüngliche Bezeichnung ist use (entstanden aus ad opus). Der trust ist das auch auf dem Festland im Mittelalter sehr wohlbekannte Treuhandgeschäft. Der Treuhänder heißt trustee, der Begünstigte cestui que trust. Ebenso wie in Deutschland und Frankreich ersetzte das Treuhandgeschäft im späteren Mittelalter auch in England das Testament. Wer eine Sache der Kirche oder sonst jemand hinterlassen wollte, übergab sie dem Treuhänder, dem trustee, und bestimmte, was dieser damit nach seinem Tode anfangen solle. Der Kanzler nahm sich dieser Verfügung an und zwang den trustee durch seine Machtmittel, ebenso wie in Rom der Kaiser den Fiduciar, den letzten Willen des Verstorbenen zu erfüllen. Bald wurden derartige Treuhandgeschäfte auch unter Lebenden vorgenommen und eine dem Treuhänder übergebene Sache wurde schon vom Augenblick der Übergabe als in equity dem gehörend behandelt, für den sie bestimmt war. Der große Umfang dieser Geschäfte war zunächst hauptsächlich durch die Lehensverfassung veranlaßt, die mit den zahlreichen Beschränkungen

der Handlungsfreiheit, mit dem immer drohenden Verfall des Lehens zugunsten des Lehensherrn derartige Umgehungen notwendig machte. Die großen Lehensherren hatten am trust ein Interesse. Allerdings konnte ihr Vasall so manches Gut zu ihrem Schaden dem Heimfall an sie entziehen, indem er es einem trustee übergab, der es vielleicht für den Vasallen selbst halten sollte: denn der, der ein Gut einem trustee übergab, konnte dabei sogar ausbedingen, daß der trustee es für ihn selbst, den Übergeber, halten werde. Aber die großen Lehensherren waren ja selbst auch belehnt, die größten unter ihnen unmittelbar vom König, und erlangten durch den Trust doch Vorteile ihrem Lehensherrn, dem König, gegenüber. Ihr Einfluß genügte lange Zeit, um den Kanzler zu einem kräftigen Schutz der Trusts zu bewegen. Aber König Heinrich VIII., der als König durch die Trusts nur zu verlieren und nichts zu gewinnen hatte, setzte im widerstrebenden Parlament ein Gesetz durch, wonach jeder trust dem Begünstigten eine legal estate, also das entsprechende Recht nach common law gewähren sollte. Kaum erlassen, wurde das Gesetz auch schon hinweginterpretiert durch eine so einschränkende Auslegung, daß es jede praktische Bedeutung verlor. Es hat die Entwicklung der trusts nicht gehindert.

Das Trustrecht ist nicht ein einzelnes Trustverhältnis, sondern ein ganzes Rechtssystem. Es umfaßt vor allem das Körperschaftsrecht. Ein gutes Stück des Kirchenrechts der so zahlreichen englischen religiösen Sekten und der katholischen Kirche, das englische Vereinsrecht, beruht darauf: die trustees halten das Vermögen für die Gläubigen, für die Vereinsmitglieder. Im Trustrecht entstand ein besonderes Sachenrecht. Sobald der Gegenstand des trusts dem trustee übergeben wird, erlangt der Begünstigte sofort alle ihm zugedachten Gebrauchs-, Verbrauchs- und Verfügungsrechte, die er auch soweit übertragen kann, als der trust es nicht beschränkt. Der bestellte trustee behält zwar die legal estate, aber bloß als nudum ius. Nur wer das legal estate bona fide for value and without notice erworben, kann den Begünstigten um sein Recht bringen; ein Fall, der sich, da die Gerichte, wenigstens bei unbeweglichen Sachen, die geringste Nachlässigkeit bei der investigation of title als constructive notice behandeln, nur dann möglich ist, wenn die Urkunden sehr geschickt gefälscht waren. Aus dem Forderungsrechte gehört dem Trust das ganze Recht der Forderungsabtretung; erst in neuester Zeit wurde ein Teil gesetzlich geregelt.

Im Trustrecht entwickelte sich auch das englische Familiengüterrecht. Durch die family settlements wurde bestimmt, daß das Familienvermögen vom trustee zugunsten der Frau, der geborenen oder der noch nicht geborenen Kinder, zu halten sei. So wurde die Frau noch

zu einer Zeit, wo nach dem common law die eheliche Gütergemeinschaft herrschte, vermögensrechtlich von ihrem Gatten ganz selbständig gestellt, weil das ihr in equity Zugewendete von der Gütergemeinschaft nicht ergriffen wurde. Gegenwärtig ist dieses Recht der equity gesetzlich als gemeines eheliches Güterrecht festgelegt. Auf dem Trustrecht beruht auch zum Teile die letztwillige Erklärung des englischen Rechts. Das war doch der historische Ausgangspunkt des Trusts.

Ebenso wichtig war der Einfluß des Kanzlers auf das englische Pfandrecht. Das Pfandrecht des common law, das mortgage, entspricht der römischen fiducia in der ältesten Gestalt. Der Pfandgläubiger erhält, sobald die Schuld nicht bezahlt ist, das volle rechtliche Eigentum an der verpfändeten Sache. Aber der Kanzler zwingt ihn, die Sache allenfalls dem Schuldner zurückzustellen, wenn die Schuld noch später bezahlt werden sollte, und ermöglicht es dem Verpfänder, der ja das Eigentum bereits veräußert hatte, weitere Pfandrechte an der Sache zu bestellen, die selbstverständlich nunmehr nur Pfandrechte in equity sein können.

Der Romanist denkt hier selbstverständlich wieder an das doppelte Eigentum des römischen Rechts. In der Tat ist schon die äußere Ähnlichkeit sehr auffallend. Ebenso wie der Prätor die Besitzübergabe zu einem dinglichen Vertrag ausgestaltet hat, so hat der Kanzler einen Vertrag zugunsten Dritter, denn das ist ja schließlich der Trust, in demselben Sinne verwertet. Wenn es auch Maitland in seinem Werke über die Equity sehr entschieden bestreitet, daß das Recht des cestui que trust ein dingliches Recht wäre, so betrifft das doch nur die juristische Konstruktion des ganzen Rechtsverhältnisses. Wie sehr aber der ganze innere Aufbau des equitable right und der prätorischen Rechte einander entsprechen, zeigt wieder die Darstellung Langdells:

„As equity wields only physical power, it seems to be impossible that it should actually create anything. It seems, morover to be impossible that there should be any other actual rights, than such as are created by the State i. e., legal rights. So, too, if equity could create actual rights, the existence of rights so created would have to be recognised by every court of justice within the State; and yet no other court, than a court of equity, will admit the existence of any rights created by equity. It seems therefore, that equitable rights exist only in contemplation of equity, i. e. that they are a fiction invented by equity for the promotion of justice. Still as in contemplation of equity such rights do exist, equity must reason upon them and deal with them as if they had an actual existence."

An anderer Stelle sagt Langdell vom Kanzler wieder:

„Through his physical power he could imprison men's bodies and control the possession of their property, but neither his orders and

decrees nor any acts as such done in pursuance of them, had any legal effect or operation; and hence he could not affect the title of property except through the acts of his owners. Even when he made a decree for changing the possession of property, it took the shape of a command to the defendant in possession to the plaintiff and it was only as a last resort that the chancellor issued a writ to his executive officer, commanding him to dispossess the defendant and put the plaintiff in possession."

Aus dieser Darstellung ergibt sich, daß die Entscheidungsnormen des englischen Rechts ebenso wie die des römischen ganz überwiegend Juristenrecht sind. Etwas mehr als in Rom scheinen allerdings die Gesetze bedeutet zu haben, aber das mag damit zusammenhängen, daß wir von der Fruchtbarkeit der römischen Gesetzgebungsmaschine in republikanischer Zeit eine zu bescheidene Vorstellung haben. Der Grundstock der englischen Entscheidungsnormen stammt aber nicht aus Gesetzen. Man mag die Assisen Heinrichs II. und seiner unmittelbaren Nachfolger dem staatlichen Rechte beizählen, obwohl sie zweifellos sehr viel vom Juristenrecht haben: aber die späteren Formulare, durch die, wie alle englischen Juristen zugeben, ein großes Stück des englischen substantive law, des materiellen Rechts, geschaffen worden ist, gehören doch zweifellos dem Juristenrecht an. Bei einigen der Formeln kennen wir auch den Urheber: den writ quare eiecit infra terminum hat Brattons Lehrer chief justice William Releigh erfunden, den ejectement Lord chief justice Rolle verbessert. Daran ändern auch die Fiktionen nichts, die sich gar nicht von den Fiktionen des Prätors und der gemeinrechtlichen Jurisprudenz unterscheiden. Es ist ja überhaupt ein Irrtum, auf dem falschen Gedanken beruhend, daß jede Rechtsschöpfung Sache des Gesetzgebers ist, daß die Fiktionen nicht von Juristen ausgehen dürfen. Die römischen Juristen haben sich allerdings ihrer nicht bedient, aber die ältere gemeinrechtliche und französische Jurisprudenz in sehr hohem Maße. Wodurch sich übrigens die römischen und gemeinrechtlichen Konstruktionen von den Fiktionen unterscheiden, wäre schwer zu bestimmen. In der Regel nur im Ausdruck.

Woher haben nun diese englischen Richter die Entscheidungsnormen geschöpft, nach denen sie die Streitigkeiten entscheiden? Wie ist daraus im Laufe der Jahrhunderte das englische common law erwachsen? Es entstand zweifellos in derselben Weise, wie das römische ius civile. Die Grundlage der Entscheidung bildet auch hier überall die innere Natur des Rechtsverhältnisses, Vertrag, Satzung, letzter Wille, Herkommen, Verkehrssitte, die dann, verallgemeinert, eine einheitliche Entscheidungsnorm in anderen Angelegenheiten abgibt. Da die Geschichte des älteren englischen Rechts besser bekannt

ist, als die des römischen und deutschen, so können wir den Vereinheitlichungs- und Verallgemeinerungsprozeß auch viel besser verfolgen. Wir sehen, wie die Gerichte das Sachenrecht durch Verallgemeinerung des Lehnrechts gewinnen, wie das Alleineigentum des Mannes am eingebrachten Gut der Frau langsam von den Gerichten angenommen wird, wie sie im XIV. Jahrhundert allmählich das Erbrecht des Erstgeborenen an Stelle des bisherigen gleichen Erbrechts aller Kinder setzen. Überall tritt insbesondere das Bestreben hervor, das Recht dadurch zu vereinheitlichen, daß die bei den höheren Klassen vorherrschenden Rechtsgrundsätze auf das ganze Volk ausgedehnt werden. In ähnlicher Weise entsteht durch Verallgemeinerung und Vereinheitlichung noch im XVIII. Jahrhundert das Handelsrecht. Überdies hält sich der englische Richter von den ersten Anfängen an für berechtigt, Entscheidungsnormen nach Gerechtigkeit und Billigkeit zu finden.

Noch mehr im Lichte der Geschichte vollzieht sich selbstverständlich die Entwicklung der equity. Sir George Jessel, Master of the Rolls, einer der berühmtesten Equityrichter, sagt darüber:

„It must not bei forgotten, that the rules of equity are not like the rules of the common law, supposed to have been established from time immemorial. It is perfectly well known, that they have been established from time to time, altered, improved, and refined from time to time. In many cases we know the name of the Chancellor who invented them ... Take such things as these: the separate use of the married woman, the restraint on alienation, the modern rule against perpetuities, and the rules of equitable waste. We can name the Chancellors who first invented them, and state the date when they were first introduced into equity jurisprudence, and therefore in cases of this kind, the older precedents are of little value. The doctrines are progressive, refined and improved, and if we want to know what the rules of equity are, we must look, of course, rather to the more modern then the more ancient cases.“ (Angeführt von Holdworth, History of English law, aus einer Urteilsbegründung.)

Auch die equity ist also in derselben Weise entstanden, wie jedes Juristenrecht. Das Recht der trusts und family settlements, der equitable mortgage, beruht hauptsächlich auf der Verallgemeinerung des hergebrachten Inhalts der Vereinbarungen. Das sonstige Equityrecht besteht, wie das Sir George Jessel ausführt, im wesentlichen aus den von den Kanzlern frei gefundenen Entscheidungsnormen, wobei sie jedenfalls an frühere Urteile viel weniger sich gebunden erachten, als die common law-Richter.

Was dem festländischen Juristen am englischen richterlichen Rechte wohl am meisten auffallen dürfte, ist das scharfe Hervortreten

der Persönlichkeit des einzelnen Richters. Wer sich auf ein Urteil beruft, führt den Richter beim Namen an. Wird das Erkenntnis von einem Kollegium gefällt, so begründet jeder stimmführende Richter besonders seine Abstimmung, und die Gründe werden in der Folge unter seinem Namen angeführt. Gewiß hat jede Entscheidung eines der hohen Gerichte ihr Gewicht, aber welches Gewicht sie hat, das hängt nicht vom Gericht, sondern vom Richter ab. Es gibt Richter, die in der Geschichte des englischen Rechts Epoche gemacht haben und deren Namen nach Jahrhunderten mit Ehrfurcht genannt werden, die vielen anderen sind längst in das große Schweigen eingegangen. Jeder der great judges hat seine ausgesprochene Persönlichkeit, er wird in der Rechtsgeschichte in seiner ganzen Art so geschildert, wie etwa in unseren Literatur- und Kunstgeschichten die großen Dichter und Künstler. Als die berühmtesten in England werden genannt: Coke, Hardwick, Mansfield, Stowall, Grant, Willes, Jessel, Cairns, Bowen, Parke, unter den Amerikanern etwa: Marshal, Kent, Story, Shaw, O. W. Holmes jun. In einer Schrift von Maitland finde ich folgende bezeichnende Worte: „I have mentioned this case, because we may say, that when the court of Appeal overruled Jessel M. R. the case was very near the border line.“

Die englische Jurisprudenz umfaßt auch das Geschäft der Errichtung der Urkunden. Auch in dieser Beziehung ist sie zu einer vollendeten Kunst geworden, hauptsächlich in betreff der Urkunden über unbewegliche Güter und Eheverträge (family settlements). Ihre Grundlage ist die Übung der Anwälte, die sich aber fortwährend an die Fortschritte der Gesetzgebung und der Rechtsprechung anschließt. Die richterlichen Entscheidungen, die sich auf die Urkunden beziehen, werden sorgfältig verzeichnet und berücksichtigt. Oft bemerken die Richter, sie können die bisherige Rechtsprechung, obwohl sie sie für falsch halten, deswegen nicht verlassen, weil die Anwälte sie möglicherweise bereits zur Richtschnur bei der Urkundenverfassung genommen haben.

Das Wesen des englischen Juristenrechts wurde vom Richter Sir James Parke, nachher Lord Wensleydale, in einer Rechtssache vor dem Hause der Lords so dargelegt:

„Our common law system consists in applying to new combinations of circumstances those rules of law which we derive from legal principles and judicial precedents; and for the sake of attaining uniformity, consistency and certainty, we must apply those rules, where they are not plainly unreasonable and inconvenient, to all cases which arise; and we are not at liberty to reject them, and to abandon all analogy to them, in those to which they have not yet been judicially applied, because we think that the rules are not as convenient ånd reasonable as we ourselves could have divised.“

Bei dieser Gelegenheit soll auch ein auf dem Festlande weit verbreiteter Irrtum berichtigt werden, die freie Rechtsfindung hänge in England mit dem Mangel eines kodifizierten Rechts zusammen. Die freie Rechtsfindung gilt nämlich auch gegenüber Gesetzen. Auch hier wird vom Richter durch freie Rechtsfindung der zweifelhafte Sinn festgestellt und die Lücke ausgefüllt, und diese Entscheidungen sind ebenso für die Zukunft verbindlich wie die, die sich mit dem common law befassen. Nur wenn es sich nachträglich ganz zweifellos feststellen läßt, welche Bedeutung ein Gesetz hat (where the meaning is plain), ist das Gericht an frühere Entscheidungen nicht gebunden; ist aber eine irrtümliche Auslegung bereits sehr alt, so darf das Gericht sich wieder nicht darüber hinwegsetzen (Hardcastle, The Construction and Effect of Statute Law, III. Edition, p. 93 fg.). Und so würde dem englischen Richter auch gegenüber einer Kodifikation des englischen Rechts seine herrliche Bewegungsfreiheit gewahrt bleiben. In einem Aufsatz der Law Quarterly Reviev (Vol. 19 p. 15) über die Kodifikation des Handelsrechts führt Chalmers aus einem Berichte der königlichen Kommission für einen Strafgesetzentwurf, der von den Richtern Lord Blackburn, Lord Justice Lush, Sir James Stephen und Mr. Justice Barry gefertigt ist, unter anderem folgende Worte an:

„The great richness of the law of England in principles and rules embodied in judicial decisions, no doubt involves the consequence that a code adequately representing it must be elaborate and detailed, but such a code would not, except in a few cases in which the law at present is obscure, limit any discretion now possessed by the judges. It would simply change the form of the rules by which they are bound.“

Dagegen hat die englische und britische Literatur nur in sehr beschränktem Maße Recht geschaffen. Holdsworth in seiner History of English law nennt nur fünf juristische Schriftsteller, die für die Geschichte des englischen Rechts von Bedeutung geworden sind: Glanvil, Bracton, Littleton, Coke und Blackstone. Ein unmittelbarer Einfluß des dem chief justiciar Heinrich II. Glanvil (gestorben 1190) zugeschriebenen Tractatus de legibus und des Werkes von Henry de Bratton (gewöhnlich Bracton genannt) auf die englische Rechtsentwicklung ist aber nicht nachweisbar. Blackstone gibt eine Darstellung des geltenden Rechts, nicht eine praktische Jurisprudenz in dem Sinne einer schriftstellerischen Fortbildung des Rechts und brachte es nur in wenigen Lehren zur allgemeinen Anerkennung. Es verbleiben daher nur Littleton (—1481) und Coke (1552—1628). Pollock nennt Sir Michael Forsters Treatise on Crown Law, zuerst veröffentlicht im Jahre 1762, the latest book to which authority in the exact sense can be ascribed.

Im übrigen versuchen es die juristischen Schriftsteller des englischen Rechts nicht einmal, nach Art der gemeinrechtlichen, selbständig Normen zu finden: sie begnügen sich damit, die Entscheidungen zusammenzustellen. Es fehlt sogar an Kommentaren zu den Gesetzen im festländischen Sinne, denn das Gesetz wird nur durch richterliche Entscheidungen ausgelegt. „English text-books are almost entirely a collection of cases with comments interspersed. Sometimes a general rule is stated which may go a trifle further than the cases do; somtimes an opinion is thrown out on a point not covered by an authority. Still the cases are the gist of the book," sagt Bryce. Erst in neuerer Zeit beginnen Werke zu erscheinen, wie die von Sir Frederic Pollock oder des Amerikaners Langdell und O. W. Holmes Jun., die selbständig forschen und in die Tiefe zu gehen suchen.

Das englische gemeine Recht (common law) ist nicht nur das Recht Englands, Irlands und von Wales, sondern auch zum großen Teil das Recht Schottlands, ferner der Vereinigten Staaten, fast aller englischen Kolonien, wenigstens soweit es sich nicht um Eingeborene handelt, für die es übrigens auch meistens subsidiär in Anwendung kommt. Die indischen Kodifikationen enthalten zum Teil das common law ziemlich unverändert. Man darf also wohl sagen, es gilt für Staaten und Völker, die zu den reichsten und vorgeschrittensten der Welt gehören; da es nicht ein Partikularrecht voraussetzt, das es erst zu ergänzen hätte, so wirkt es auch viel unmittelbarer und greift tiefer ein als das gemeine. Dabei enthält es nicht bloß Privatrecht, sondern auch Strafrecht, Handelsrecht und — rein historisch — auch Prozeßrecht. Die Abgeschliffenheit, Geschlossenheit und feine Ausbildung alles Einzelnen des gemeinen Rechts hat es allerdings nie erreicht; aber es übertrifft dieses unendlich im Reichtum an Rechtssätzen, in der Mannigfaltigkeit der Rechtseinrichtungen. Die Jurisprudenz eines solchen Rechts darf beim Ausbau der Rechtswissenschaft nicht fehlen. Ihre Anfänge reichen nachweisbar bis auf Heinrich II., also bis in die Mitte des XII. Jahrhunderts; eine ihrer ältesten Leistungen, die Assise of Novel Dissaisin, stammt vom Jahre 1166. An ehrwürdigem Alter wird sie also durch die gemeinrechtliche allerdings übertroffen, aber das wird doch zum großen Teile ersetzt nicht nur durch die ungeheuere räumliche Ausbreitung ihres Rechts und infolge dessen auch durch die große Verschiedenheit der Verhältnisse, mit denen die englischen Juristen zu tun haben, sondern auch durch die frühe und große Entwicklung des Handels und der Industrie, sowie der gesellschaftlichen und politischen Beziehungen der Völker, die für sie in Betracht kommen. Das alles bot ihr unschätzbare Anregungen.

Seit die freirechtliche Bewegung die Aufmerksamkeit festländischer Juristen auf die englische Jurisprudenz und die englische

Art der Rechtsfindung gelenkt hat, taucht auf dem Festlande oft die Behauptung auf, die Engländer seien weder mit den Ergebnissen ihrer Jurisprudenz noch mit der Methode ihrer Rechtsfindung zufrieden. Es möge daher gestattet sein, zum Schlusse die Stimme zweier hervorragender englischer Juristen anzuführen, die überdies zu den Kennern der festländischen Verhältnisse gehören. Sie sprechen zwar beide nicht unmittelbar von der freien Rechtsfindung, sondern vom Case-Law, dem darauf beruhenden Rechtssystem; da dieses aber freie Rechtsfindung voraussetzt, so muß ihr Urteil jedenfalls auf beide bezogen werden. Die eine dieser Stimmen gehört dem berühmten greisen Verfasser des Werkes The American Commonwealth, James Bryce, der in seiner Jugend in Heidelberg zu Vangerows Füßen saß und dem heiligen römischen Reich deutscher Nation sein erstes Werk widmete. Was er vom Case-Law-System sagt, klingt geradezu wie ein Hymnus, den er mit den Worten einleitet: „It is an abiding honour to our lawyers and judges, to have worked it out with a completeness and success unknow to any other country.“ (Studies in History and Jurisprudence, Vol. II p. 289 fg.).

Wer sich über das, was sich ein höchst bedeutender englischer Jurist über die Großartigkeit des englischen Rechtssystems im Verhältnisse zu dem festländischen denkt, unterrichten will, der lese in der angeführten Schrift die darauf folgenden drei Seiten. Sie lauten um so überzeugender, als Bryce fremde Einrichtungen bekanntlich sehr unbefangen beurteilt und auch für die Nachteile der englischen Methode keineswegs blind ist.

Besser als das alles wird aber vielleicht folgende Bemerkung Pollocks in dem bereits erwähnten Buche überzeugen: „Where the two systems have come in competition as they have done in the Province of Quebec, the Cape Colony, and other British possessions originally settled under continental systems of law, the method ascribing exclusive authority to judicial decisions has invariably, so far as I know, been accepted.“ Mit anderen Worten: wo immer das auf die freie Rechtsfindung gegründete englische Case-Law-System mit den festländischen Rechtsanwendungsmethoden in Berührung kommt, werden diese unweigerlich verdrängt. Wer den konservativen Sinn des Juristen kennt, kann darnach beurteilen, wie sinnfällig die Überlegenheit der englischen Art der Rechtsfindung sein muß. Dabei darf nicht übersehen werden, daß sowohl in Kanada als auch in Südafrika manche Züge der englischen Organisation der Rechtspflege fehlen, auf die man gewöhnlich hinweist: die außerordentliche Zentralisation der Gerichte und die hohe Stellung des Richters, die allerdings noch immer höher sein dürfte als in Mitteleuropa.

Endlich seien noch die Worte des Amerikaners Holmes hier an-

geführt. Er nennt das common law „a far more developed, more rational and mightier body of law than the Roman".

Die Klagen, die in England gegen das Case-Law laut werden, betreffen nur seine schreckliche Unübersichtlichkeit. In der Tat, in vielen Tausenden von Bänden verstreut, gleicht es einem tropischen Urwald, wo dem verirrten Wanderer von jedem neuen Baum, den er erblickt, Überraschungen und Gefahren drohen. Das liegt aber offenbar gar nicht an der freien Rechtsfindung, sondern an der unbedingten Verbindlichkeit aller richterlichen Entscheidungen, wenigstens bis sie von einem übergeordneten Gerichte zurückgewiesen werden. Aber wenn auch die freie Rechtsfindung gewiß überall dazu führen muß, daß das einmal gefundene Recht nicht leicht aufgegeben werden dürfe, die Übelstände, die sich daraus in England infolge der historischen Entwicklung ergeben haben, müßten keineswegs mit in den Kauf genommen werden. Sie sind leicht vermeidbar.

Die englische Jurisprudenz unterscheidet sich von der römischen wesentlich dadurch, daß sie nicht wie diese, wenigstens in der Kaiserzeit, ganz überwiegend schriftstellerisch, sondern fast ausschließlich richterlich ist. Trotzdem ergab es sich, daß die englische Rechtsbildung durchwegs der römischen gleichläuft. Der Prozeß geht dieselben Stufen durch wie einst in Rom, die Richter schaffen das common law mit denselben Mitteln der Verallgemeinerung und Normenfindung wie die prudentes das ius civile, und das englische Amtsrecht zeigt nicht in einzelnen Äußerlichkeiten, sondern im ganzen inneren Aufbau die wesentlichen Merkmale der römischen. Bedarf es eines Beweises, daß wir es hier überall mit einer natürlichen Gesetzmäßigkeit des Geschehens zu tun haben?

XIII.

Die ältere gemeinrechtliche Jurisprudenz.

Die Aufnahme des römischen Rechts im Mittelalter und in der Neuzeit gehört insofern in diesen Zusammenhang, als sie zweifellos eine neue und eigenartige Jurisprudenz erzeugte. Klar ist es zunächst, daß die Art juristischer Tätigkeit, die bei jeder bodenständigen Rechtsentwicklung im Vordergrunde steht, das Gewinnen von Entscheidungsnormen durch Verallgemeinern und freies Finden des Rechts jetzt notwendigerweise weit zurückgedrängt werden mußte durch die Fülle der Entscheidungsnormen, die die römischen Rechtsbücher der Jurisprudenz bereits ganz fertig zum Gebrauch darboten. Das trat um so schärfer hervor, als die römischen Verallgemeinerungen im aufgenommenen Recht zum Teil die Eigenart von Verallgemeinerungen verloren. Auf dem Boden, wo sie entstanden ist, muß die Verallgemeinerung als das empfunden werden, was sie ist: als Verallgemeinerung. Auf einen Boden verpflanzt, wo das, was verallgemeinert worden ist, gar nicht vorkommt, ist sie keine Verallgemeinerung mehr; sie wird zu einer zuweilen höchst willkürlich erscheinenden Regel, nach der man Rechtsstreitigkeiten entscheidet, und der gegenüber es weder ein Allgemeines noch ein Besonderes gibt. Das ganze, in Geltung getretene römische Recht wurde daher zu einer Sammlung juristischer Entscheidungsnormen. Während es einst in Rom unmittelbar aus dem Leben herauswuchs, trat es jetzt dem Leben wenigstens anscheinend als fester, unverrückbarer Maßstab gegenüber: Das Rechtsleben war nicht mehr, wie bis zu einem gewissen Grade bei der bodenständigen Rechtsentwicklung, selbst Subjekt der Jurisprudenz, sondern nur noch ihr Gegenstand. Und damit wurde auch die Jurisprudenz zu etwas ganz anderem als sie bis dahin war. Sie trat der Gesellschaft gegenüber. Sie sann sich die Aufgabe an, Regeln, die nicht sie selbst erfand, sondern von anderwärts übernahm, der Gesellschaft aufzuzwingen, ohne Rücksicht darauf, ob diese es verlangte, unbekümmert, wie sie es ertrug, nur deswegen, weil sie da waren. Und wenigstens zum großen Teile setzte sie es auch durch. Die große Antinomie der Jurisprudenz, der alle Denkformen gewissermaßen unter der Hand zu normenwirkenden Kräften werden, hat sich hier aufs neue in ihrer weltgeschichtlichen Bedeutung bewährt.

Indem so die Aufnahme des römischen Rechts den Juristen scheinbar der Mühe, sich ständig rechtschöpfend mit dem Leben abzufinden, überhob, stellte sie ihn gleichzeitig vor eine andere, vielleicht größere Schwierigkeit: die der Anknüpfung des neuen Rechts an ihm vollständig fremde Rechtsverhältnisse. Wie konnten die Juristen in den Anfängen der Aufnahme auch nur auf den Gedanken kommen, die römischen Quellen handelten von denselben Einrichtungen, die bei ihnen selbst heimisch waren? War das denn so naheliegend, daß die eigentümlichen mittelalterlichen Rechte an Grund und Boden oder die zum Teil ganz anders gearteten Verträge nach römischen Rechtssätzen beurteilt werden müssen? Die Tatsache der Aufnahme würde schon an und für sich genügen, um die Grundvoraussetzung der soziologischen Rechtswissenschaft zu beweisen, daß es Rechtseinrichtungen gibt, die vom positiven Rechte unabhängig sind; sie beweist aber jedenfalls, daß es bei allen Völkern, wo das römische Recht aufgenommen worden ist, Rechtseinrichtungen gegeben hat, die ihnen mit den Römern wenigstens insoweit gemeinsam waren, daß die Anwendung des römischen Rechts nicht im vorhinein unmöglich schien.

Das lag allerdings zum Teil am römischen Recht, wie es aus der römischen Jurisprudenz hervorgegangen ist. Mit unnachahmlicher Meisterschaft war hier das Allgemeinmenschliche, das in jeder Gesellschaft vorkommen muß, herausgehoben: Körperschaft, familienrechtliche Gewalten, Eigentum und dingliche Rechte, die einzelnen Verträge, das Erbe, alle diese und viele andere grundlegende Begriffe jeder Jurisprudenz, nicht bloß der eines bestimmten Volkes, wurden dargelegt, und für die wichtigsten Fragen, die in einem Rechtsstreit vorkommen, wurden die entsprechenden Entscheidungsnormen gefunden. Aber die mittelalterliche Gesellschaft war vermöge der verschiedenen Entwicklungsstufe so ganz anders als die römische, daß Rechtseinrichtungen der Aufnahmezeit, bei denen es schon auf den ersten Blick klar gewesen wäre, daß sie mit den römischen zusammenfielen, nicht allzu zahlreich sein konnten; es war das vielleicht nur der Fall bei einzelnen Familienverhältnissen, einigen wenigen Verträgen, etwa Kauf und Darlehen. Im übrigen haben auch bei vieler äußerlicher Ähnlichkeit die Unterschiede bei weitem überwogen.

Die Lage der Juristen der Aufnahmezeit läßt sich vielleicht am besten durch einen Vergleich veranschaulichen. Stellen wir uns vor, es würde in diesem Augenblicke in irgendwelchem Teile des europäischen Festlandes durch ein Wunder das englische Recht zur Geltung gelangen. Wenn nun der festländische Jurist dann etwa zu Jenks-Stephens Commentaries on the Laws of England griffe, nebenbei gesagt, das einzige Werk über englisches Recht, das irgendwie mit den festländischen Gesamtdarstellungen vergleichbar ist, so würde er sich

zunächst zu seinem Erstaunen überzeugen, daß darin der Grundbegriff seines ganzen bisherigen juristischen Denkens, das Eigentum, gar nicht behandelt wird. Es gibt vor allem keinen Eigentumsbegriff, der das Recht der beweglichen und unbeweglichen Sachen umfaßt. Ein Begriff, der dem Eigentum wenigstens an unbeweglichen Sachen entspricht, erscheint hier als freehold und wird bestimmt: an estate, either of inheritance or of life held by free tenure. Hier ist fast jedes Wort für den festländischen Juristen eine Unbegreiflichkeit, noch mehr aber der Begriff selbst. Denn freehold bezieht sich zunächst nur auf unbewegliche Sachen. Es bedeutet eine Art dinglichen Rechts, die Nießbrauch, Erbpacht, Erbbaurecht einschließt und das freie Eigentum an Grund und Boden ausschließt, da es Lehen voraussetzt. Es müßte also zunächst der Zweifel erledigt werden, ob das freie Eigentum des festländischen Rechts, da es kein Lehen ist, überhaupt unter diesen Begriff falle. Diese gewiß schon recht schwierige Frage müßte der Jurist doch wohl oder übel bejahen, da ja das Lehen im heutigen englischen Recht nur noch fiktiv ist, und da es sonst überhaupt an einer rechtlichen Regelung nicht nur des Eigentums, sondern auch des Nießbrauches, der Erbpacht und des Erbbaurechts fehlte, die alle durch einen vom Eigentümer abgeleiteten Erwerb bedingt sind. Nun erst die Bedenken, mit einem Eigentum zu arbeiten, das Nießbrauch, Erbpacht und Erbbaurecht mit umfaßt, als dessen Unterarten fee base, Eigentum unter sehr sonderbaren auflösenden Bedingungen, und fee tail, unveräußerliches Eigentum, das nur auf bestimmte Erben übergeht, unser festländisches Fideikommiß und doch wieder kein Fideikommiß, erscheinen. Worauf bezieht sich das alles?

Das berühmte Dekretale des Papstes Alexander III., das den Übergang des Kirchenpatronats auf den Firmar regelt, beweist, daß dieses erdachte und unmögliche Beispiel immerhin ziemlich getreu alle die Schwierigkeiten spiegelt, die durch die Aufnahme des römischen Rechts im Mittelalter entstehen mußten. Eine fast unübersehbare, an Streitfragen überaus reiche, von Fehlschlüssen und Mißverständnissen wimmelnde Literatur befaßte sich Jahrhunderte hindurch mit der Frage, auf welche dinglich Berechtigten das Kirchenpatronat übergehe, da es durchaus unmöglich war, zu entscheiden, welche Art der auf dem Festlande vorkommenden dinglichen Rechte der englichen Firma entsprechen. Wach hat allerdings in einer gründlichen historischen und dogmatischen Untersuchung die Natur der Firma erschöpfend dargelegt; aber die praktische Frage, was auf dem Festlande als eine Firma behandelt werden müsse, hat er nicht gelöst, einfach, weil sie unlösbar ist. Es gibt eben nichts auf dem Festlande, was die Firma wäre. Die Frage kann nicht beantwortet, sie müßte entschieden werden.

Unlösbare Fragen dieser Art schrieen den Juristen der Aufnahmezeit bei jeder Zeile des Corpus iuris entgegen. Wären sie wissenschaftlich gebildete Männer gewesen, etwa aus der historischen Schule Savignys oder aus der modernen soziologischen Schule, sie hätten sich an das Werk, das mit wissenschaftlichen Mitteln einmal nicht vollbracht werden kann, gewiß nie herangewagt. Sie hätten sich im vorhinein sagen müssen: Das Eigentum, von dem die Quellen reden, ist bei uns gar nicht vorhanden (im Mittelalter nicht einmal dem Namen, geschweige dem Begriffe nach); der Hörige, mit dem wir es zu tun haben, ist nicht der römische Sklave, Dinge, wie die stipulatio, die cautio indiscreta, wie das mandatum oder die locatio conductio operis oder operarum gibt es heutzutage gar nicht, ebenso wenig ein legatum per praeceptionem oder ein peculium profectitium. Es gibt zweifellos Erscheinungen des Rechtslebens, die mit den genannten römischen eine gewisse Ähnlichkeit zeigen, aber die Abweichungen sind doch überall so groß und so wesentlich, daß es höchst unwissenschaftlich wäre, sie nach gleichen Grundsätzen zu behandeln. Das, was die romanistische Jurisprudenz davor bewahrt hat, sich an alle dem zu verbluten, war, daß sie sich die wissenschaftliche Aufgabe, die ihr Savigny seinerzeit angesonnen hatte, nie gestellt hat. Die Juristen der Aufnahmezeit hatten Rechtsfälle vor sich und suchten im Corpus iuris nach Entscheidungen, die dafür paßten. Die Entscheidungen paßten aber, wenn die Fälle einigermaßen ähnlich waren; auf wissenschaftliche Genauigkeit kam es ihnen nicht an. Ihre Jurisprudenz hatte keinen wissenschaftlichen, sondern den ewigen praktischen Beruf jeder Jurisprudenz zu erfüllen: das Recht den Bedürfnissen des Rechtslebens dienstbar zu machen.

Diese praktische Arbeit wurde aber für alle Juristengeschlechter seit dem Mittelalter dadurch erheblich erleichtert, daß sie zu einem sehr großen und jedenfalls zum wichtigsten Teile schon von den Glossatoren unter außerordentlich günstigen Bedingungen getan worden ist. Denn im X. und XI. Jahrhundert, als die Glossatoren ihr Werk begannen, war wenigstens in den Gegenden Italiens, wo sie lebten, ebenso wie in Südfrankreich, der Zusammenhang mit dem römischen Altertum noch außerordentlich lebendig; viele Rechtseinrichtungen der Römer mögen, wenn auch im Laufe der Zeit entstellt, doch soweit noch bestanden haben, daß die Anknüpfung bis zu einem gewissen Grade bereits gegeben war. Noch wichtiger ist es, daß sie zu einem anderen Teil durch die Sprache allein geschah. Die lateinische Sprache war damals noch eine gesprochene und legte dem, der sie sprach, die römische Welt in ihrer Art zurecht, allerdings wieder ohne jeden Anspruch auf historische Genauigkeit. Der römische miles war gewiß etwas ganz anderes als der mittelalterliche

Ritter; da der Ritter aber miles hieß, so kam das Recht des peculium castrense ohne weiteres auf den ritterlichen Haussohn zur Anwendung.

Trotz alledem blieben doch Anknüpfungsschwierigkeiten genug, und diese Schwierigkeiten waren die Wiege der Begriffsjurisprudenz. Überall, auch beim bodenständigen Rechte, muß es eine Anknüpfung der Rechtsnorm an die Rechtsverhältnisse geben; aber da genügt dafür in den bei weitem überwiegenden Fällen die lebendige Anschauung. Der schwerste Vorwurf, den man gegen die vielbelächelte reichsgerichtliche Begriffsbestimmung der Eisenbahn erheben kann, ist, daß sie so ganz überflüssig ist. Wissen wir denn nicht ohnehin, was eine Eisenbahn ist? Jedenfalls wissen wir das nicht besser, nachdem wir die Begriffsbestimmung des Reichsgerichts unzähligemal mit großer Aufmerksamkeit durchgelesen haben. Einige Grenzfälle mögen immerhin zweifelhaft sein, aber was heißen diese wenigen Zweifel im Vergleich mit der ungeheueren Zahl von Fällen, die für jeden, der je eine Eisenbahn gesehen hat — und wer hat sie heutzutage nicht gesehen? — ganz unzweideutig und untrüglich durch die lebendige Anschauung entschieden sind. Und mit eben solcher Sicherheit lehrte den Römer die Anschauung, was eine delegatio und ein mandatum in rem suam, den salischen Franken, was eine chrenechruda war. Aber für das Verständnis des römischen Rechts fehlte im Mittelalter häufig genug die lebendige Anschauung, und die Begriffsjurisprudenz war dazu bestimmt, sie zu ersetzen.

Für die praktische Jurisprudenz ist die Frage der Anknüpfung die entscheidende. Bei den Glossatoren tritt sie noch etwas zurück, denn bei ihnen überwiegt noch das wissenschaftliche Interesse das praktische. Sie befassen sich mehr damit, was im corpus iuris steht, als damit, wie es anzuwenden ist. Das corpus iuris war für sie ein neues Gesetzbuch, und sie stehen ihm so gegenüber wie die Juristen jedem neuen Gesetzbuch gegenüberstehen, auch die heutigen deutschen dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch: vor allem will man wissen, was darin enthalten ist. So haben auch die Glossatoren in erster Linie das corpus iuris ausgelegt und erklärt, nicht praktische Jurisprudenz getrieben. Aber ganz konnten sie doch Fragen der Rechtsanwendung nicht aus dem Wege gehen, denn wenn sie auch selbst keine praktischen Juristen waren, so wollten sie doch praktischen Juristen zu Lehrern werden. Und da mußten sie sich in allen den Fällen, wo ihnen nicht die Anschauung oder die Sprache eine richtige oder falsche Auskunft darüber gab, zunächst aus den Quellen selbst Klarheit verschaffen, worauf sich ihre Vorschriften eigentlich beziehen. Wir finden daher schon bei den Glossatoren begriffliche Untersuchungen, etwa über die respublica, um zu ent-

scheiden, ob es neben dem römischen Reich für das Recht noch eine staatliche Gemeinschaft gebe, über die universitas, die delegatio, die possessio civilis und naturalis.

Diese rein praktische Seite der Arbeit hatte wieder ihre großen praktischen Schwierigkeiten. Die reinen Begriffe der römischen Rechtsquellen, die von den römischen Juristen nur selten in Worte gefaßten und noch seltener richtig gefaßten (omnis definitio in iure periculosa), aber in ihren Entscheidungen ungemein klar vorgestellten Verallgemeinerungen der Tatsachen des römischen Rechtslebens, wären als solche für die Juristen des Mittelalters und der Neuzeit ebenso unbrauchbar, wie für den festländischen Juristen etwa der Begriff des freehold oder der firma des englischen Rechts. Damit man die römischen Begriffe verwerten könne, mußten sie zuvor so ausgeweitet werden, daß sie nicht bloß die Erscheinungen des römischen, sondern auch die des mittelalterlichen Lebens umfaßten. Zu diesem Zwecke sollte aus dem Begriffe alles ausgeschaltet werden, was für die Gegenwart nicht paßte, also alles, was durch den besonderen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang gegeben war, aus dem der Begriff in Rom einst hervorgegangen ist. Je mehr Kennzeichen ein Begriff verliert, um so abstrakter wird er; und so wurden aus den römischen Verallgemeinerungen schon im Mittelalter Abstraktionen. Die mittelalterlichen und neueren Abstraktionen sind ihres Inhalts in hohem Maße entleerte römische Verallgemeinerungen.

Es wäre ungerecht, das so aufzufassen, die Juristen hätten bei ihren Abstraktionen auf jeden Zusammenhang mit dem wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Leben verzichtet. Ein juristischer Begriff ohne irgendeinen Zusammenhang mit dem Leben, also ohne jeden praktischen Inhalt, ist einfach undenkbar. Nur lag hier die Sache so, daß der praktische Zweck, dem das Rechtsverhältnis in Rom diente, in der modernen Gesellschaft nicht vorhanden war, daß es hier dagegen einen anderen praktischen Zweck gab, für den die römischen Vorschriften immerhin verwertet werden konnten; es galt daher, aus dem praktischen Zweck, den er in Rom hatte, nur so viel in den Begriff hineinzunehmen, daß dadurch seine Verwertung in der mittelalterlichen Gesellschaft nicht gestört werde. Die Korrealität der römischen Rechtsquellen ist, wie jede Mitschuldnerschaft, hervorgegangen aus Gemeinschaftsverhältnissen zwischen den Mitschuldnern, insbesondere aus Familiengemeinschaften, Gesellschaftsverhältnissen, Verbürgungen. Gewiß hat die Art dieser Gemeinschaftsverhältnisse auch auf die Natur der Mitschuldnerschaft abgefärbt: die Korrealität von Mann und Frau, von Brüdern in Gütergemeinschaft, war auch in Rom anders als die Korrealität der Gelegenheitsgesellschafter. Die römischen Juristen haben die Unterschiede berücksichtigt, wenn das

auch, da bei ihnen stets gewillkürte Korrealität vorliegt, wenig hervortritt. Die Gemeinschaftsverhältnisse jedoch, aus denen im Mittelalter und in der Neuzeit Mitschuldnerschaft entsprang, waren so sehr ganz andere als die römischen, daß das römische Recht der Mitschuldnerschaft für die neueren unbrauchbar geworden wäre, wenn man bei der Begriffsbestimmung der Mitschuldnerschaft die römischen Gemeinschaftsverhältnisse, die ihr zugrunde lagen, herangezogen, und die Arten der Mitschuldnerschaft nach der Verschiedenheit der Gemeinschaftsverhältnisse getrennt behandelt hätte. Daher hat man einen abstrakten Begriff der Mitschuldnerschaft gefaßt. Ihr ganzer wirtschaftlicher Inhalt beschränkt sich darauf, daß der Gläubiger die ganze Leistung von jedem der Mitschuldner fordern kann. Das Verhältnis der Mitschuldner zum Gläubiger und zueinander, das je nach der Art der Gemeinschaft zwischen den Mitschuldnern verschieden ist, bleibt bei dieser abstrakten Mitschuldnerschaft unberücksichtigt: und so kann das römische Recht doch anwendbar bleiben, obwohl es offenbar ganz andere Gemeinschaftsverhältnisse voraussetzte, als im Mittelalter vorhanden waren. Diese Abstraktion war im vorhinein dazu bestimmt, nur für den Prozeß zu gelten. Im Leben selbst gibt es keine abstrakten Mitschuldner. Jede Mitschuldnerschaft hat irgendeinen wirtschaftlichen Grund, und nach der Verschiedenheit des wirtschaftlichen Grundes gibt es auch verschiedene Arten der Mitschuldnerschaft. Die in Gütergemeinschaft lebenden Brüder, die Gelegenheitsgesellschafter, die als Selbstschuldner eintretenden Bürgen wurden zu abstrakten Mitschuldnern, und so war es möglich, die Regeln, die in Rom für diese Rechtsverhältnisse entstanden, wieder unterschiedslos für den modernen abstrakten Mitschuldner zu verwerten, er mag im übrigen Mitschuldner aus der ehelichen Gütergemeinschaft, Wechselgemeinschaft, Bürgschaft, Handelsgesellschaft, Gelegenheitsgesellschaft, Gesellschaft des bürgerlichen Rechts sein. Die bekannten Schwierigkeiten, an denen die romanistische Lehre von der Korrealität und Solidarität krankt, haben in dem Begriffe der abstrakten Mitschuldnerschaft ihren Ursprung.

Die Anpassung des römischen Rechts an die Bedürfnisse einer ganz fremden Gesellschaft durch Abstraktion wurde den Juristen der Aufnahmeländer außerordentlich erleichtert durch die Gestalt, die der grundlegende Begriff eines jeden Rechts, der Eigentumsbegriff, im römischen Bodenrecht schon in der republikanischen Zeit erhalten hatte. Es ist gewiß nicht richtig, daß das römische Eigentum ein abstraktes Eigentum war. Das römische Eigentum war genau so wirtschaftlich wie jedes andere Eigentum es notwendig sein muß; aber dieses römische wirtschaftliche Eigentum am italischen Grundstück, von dem die klassischen römischen Juristen allein sprechen, war in-

folge der italischen Bodenverfassung so geartet, daß es bei der Aufnahme in der Theorie unmittelbar zu einem abstrakten Eigentum führen mußte.

Hätten die römischen Juristen das Grundstück in seiner ursprünglichen Dorfverfassung zu behandeln gehabt, mit allen nachbarlichen Zusammenhängen und gutsherrlichen Abhängigkeiten, die sich in solchen Verhältnissen ergeben müssen, so wäre es kaum möglich gewesen, ein solches Bodenrecht für die mittelalterliche Gesellschaft irgendwie zurechtzulegen; die Aufnahme des römischen Eigentumsrechts im Mittelalter wäre ebenso unmöglich gewesen, wie etwa die Aufnahme des englischen Bodenrechts auf dem Festlande. Aber die Römer haben bekanntlich ihre alte Dorfverfassung in einer vor der Überlieferung liegenden Zeit aufgehoben, und das römische Recht kennt infolge dessen kein Dorf, sondern nur den Einzelhof. Die römischen Juristen, vor die Aufgabe gestellt, für das durch diese Neuordnung gebildete, aus dem einstigen Zusammenhange gerissene Grundstück ein neues Bodenrecht zu finden, schufen es nach dem Ebenbilde des Eigentums an beweglichen Sachen. Sie behandelten einfach den Eigentümer des Grundstücks nach denselben Regeln wie den Eigentümer einer beweglichen Sache: der fundus ist eine res mancipi, wie der Sklave, wie ein Stück Zugvieh. Hätten sich nicht einige Stücke der älteren Ordnung erhalten, die Dienstbarkeiten, zumal die servitutes praediorum rusticorum, die actio damni infecti, die operis novi nuntiatio, die actio aquae pluviae arcendae, es gäbe im klassischen römischen Rechte, wenigstens für den ager privatus, so ziemlich keine Besonderheiten. Es ist allerdings sehr zweifelhaft, ob das wirklich das ganze römische Bodenrecht war, ob nicht doch noch außerdem viel örtliches und wirtschaftliches Recht, verschieden nach der Benutzungsart des Grundstücks, vorhanden war, von dem wir nichts mehr wissen; wenigstens einiges Baurecht und Bergrecht ergibt sich doch aus den Quellen auch für die klassische Zeit; aber das alles war, wie es scheint, außerhalb der Interessen der römischen Juristen gelegen. Nachdrücklichst muß es jedoch hervorgehoben werden, daß auch dieses Juristenrecht des Eigentums und des Besitzes das Recht einer bestimmten wirtschaftlichen Besitzordnung war, der wirtschaftlichen Besitzordnung am ager privatus in Italien, und daß es nicht weiter reichte als diese Besitzordnung. Es galt weder für den ager publicus in Italien, noch auch für das solum provinciale. Aber von diesen ganz abweichenden Besitzordnungen drangen in die Rechtsquellen doch nur die wenigen ärmlichen Bestimmungen über den ager vectigalis und die Emphyteuse, die im Mittelalter nur die Kirche verwerten konnte.

Behandelt man das Grundstück wie eine bewegliche Sache, dann

ist der gesellschaftliche Zusammenhang, in dem das Eigentum an Grund und Boden steht, aus dem Eigentumsbegriff ausgeschaltet und es gibt nur noch eine einzige Frage, die für das Recht des Eigentums und des damit zusammenhängenden Besitzes in Betracht kommt: die Eigentums- und die Besitzklage. Die römischen Juristen, die beim Grundstück von dessen wirtschaftlichem Zusammenhange und der wirtschaftlichen Verfassung Italiens absehen dürfen, befassen sich daher im wesentlichen nur mit den Eigentums- und den Besitzklagen. Um die Eigentumsklage in ihren verschiedenen Gestalten und die Besitzklagen sammelt sich daher so ziemlich das, was uns die römischen Juristen über das Grundeigentum zu sagen haben. Der Erwerb und Verlust des Eigentums und Besitzes, hauptsächlich als Klagevoraussetzungen aufgefaßt, die Parteien bei der Eigentumsklage und bei den Interdikten, die Beweisfrage: das ist fast alles, was wir von ihnen lernen.

Das Eigentums- und Besitzrecht der römischen Juristen war also eine der italischen Bodenverfassung entnommene Rechtsordnung, und wenn diese in der Hauptsache nur über die Eigentums- und Besitzklagen Bestimmungen enthält, so liegt das daran, weil nach der Eigenart der italischen Bodenverfassung nur die Eigentums- und Besitzklagen einer Regelung bedurften. Aber schon in der Justinianischen Sammlung hat es eine ganz andere Bedeutung erhalten. Nicht bloß weil die Bodenverfassung Italiens inzwischen eine ganz andere geworden: das römische Bodenrecht ist seither zum Reichsrecht geworden und sollte auch in den Provinzen gelten, deren Bodenverfassung von der italischen durchaus verschieden war. Dieses neue Bodenrecht erhielt in den kaiserlichen Konstitutionen, die sich im Codex und unter den Novellen finden, einen allerdings sehr unvollständigen und unvollkommenen Ausdruck: das meiste wird wohl ganz ungeregelt geblieben sein, und die Verwaltung und Rechtspflege hatte sich damit schlecht und recht abzufinden. Daneben wurde aber auch das Eigentums- und Besitzrecht der klassischen Juristen in die Institutionen und Digesten aufgenommen und so auf die neue Bodenverfassung aufgepfropft; in diesem Zusammenhange bedeutete es jedoch nicht mehr ein Recht für eine bestimmte Bodenverfassung, sondern ein Recht, das bei einer anderwärts, im Codex und in den Novellen geregelten Bodenverfassung noch einige ergänzende Vorschriften, hauptsächlich über Eigentums- und Besitzklagen, enthält. In dieser Gestalt war es für die Aufnahme vortrefflich geeignet. Die Juristen der Aufnahmeländer dachten selbstverständlich nie daran und konnten auch gar nicht daran denken, mit dem römischen Recht auch die römische Bodenverfassung aufzunehmen. Weder die alte italische Bodenverfassung, die die klassischen Juristen voraussetzten, noch auch

die spätere der kaiserlichen Constitutiones wurde im Mittelalter geltendes Recht, das überall eine eigene, von der römischen ganz abweichende, mit dem Lehnwesen zusammenhängende Besitzordnung ausgebildet hatte. Sie faßten das römische Eigentums- und Besitzrecht auf als ein Recht, das, von jeder Bodenverfassung abstrahierend, nur die Eigentums- und Besitzklage regelt. Als bloßes Recht der Eigentums- und Besitzklage vertrug es sich offenbar sehr gut mit jeder Bodenverfassung, auch der mittelalterlichen. Der abstrakte römische Eigentumsbegriff ist daher eigentlich ein Werk nicht des römischen Rechts, sondern der Aufnahme. Es ist ein Eigentumsrecht, dessen ganzer wirtschaftlicher Inhalt die Eigentumsklage bildet, das daher eine wirtschaftliche Besitzordnung nicht regelt, sondern voraussetzt.

So war die abstrakte Begriffsbildung nur ein ganz unentbehrlicher Behelf für die Jurisprudenz, um die römischen Normen den Bedürfnissen einer andern Gesellschaft anzupassen. Das Ergebnis war im allgemeinen überall dasselbe, wie bei der Mitschuldnerschaft und dem Eigentum. Die einheimische Gesellschaftsverfassung blieb als gewillkürte, gewohnheitsrechtliche, partikularrechtliche (statutarische) bestehen; ihr fügte man zumeist ganz äußerlich und nur für die Zwecke des Prozesses soweit die römischen Normen an, als sie sich in einen abstrakten, alles eigentümlich-römischen Inhalts entleerten Rechtsbegriff zusammenfassen ließen. Aber dieser Vorgang war doch nur soweit statthaft, als die Anknüpfung der so gewonnenen Begriffe an mittelalterliche und moderne Verhältnisse gegeben war. Die Begriffsjurisprudenz hatte daher eine Schranke dort, wo die vollständige Unmöglichkeit begann, Rechtsverhältnisse, die ausschließlich dem mittelalterlichen und neueren Rechte angehörten, selbst bei einer noch so weiten Abstraktion den römischen Rechtsbegriffen zu unterordnen. Die Juristen in den Anfängen der Rechtsaufnahme sowohl in Italien als auch in Deutschland, umgehen diese Schwierigkeit mit einer wunderbaren Unbefangenheit. Die Glossatoren kümmern sich um diese Frage sehr wenig. Sie legen das römische Recht aus, sie haben es nicht anzuwenden; auf welche von den den Römern fremden Verhältnissen ihrer Zeit das römische Recht nicht angewendet werden soll, darüber sprechen sie sich, soviel ich weiß, nur einmal grundsätzlich aus: in der Glosse zu l. 32. D. leg. 1, 3: de quibus scriptis legibus non utimur: in feudis. Nirgends gibt es in der Glosse eine Andeutung darüber, wie etwa die mittelalterlichen Gemeinschaftsverhältnisse, die in Italien schon im IX. Jahrhundert vorkommenden Inhaberpapiere, die ins Altertum zurückreichende Commenda, juristisch zu fassen wären, obwohl das alles ihnen doch bekannt sein mußte. Aber aus ihrer ganzen Haltung ergibt sich, daß sie das römische

Recht nur auf die Verhältnisse für anwendbar gehalten haben, die darin geregelt waren. Was durch andere Gesetze, durch Statuten, Gewohnheiten angeordnet war, lag außerhalb des römischen Rechts; sie ließen daher auch die Statuten der italienischen Städte ohne weiteres neben dem römischen Rechte gelten. Typisch ist vielleicht die Glosse zu l. 7 C. de agr. 11, 47, wo neben Entscheidungen auf Grund der Codexstelle ziemlich unvermittelt solche auf Grund der communis consuetudo stehen. Diese Haltung der Glosse hing damit zusammen, daß sie den Zustand in den Anfängen der Aufnahme des römischen Rechts spiegelt. Die Anknüpfung wird nur dort vollzogen, wo sie sich gewissermaßen von selbst ergibt. Es ist bezeichnend, daß Zasius, der sich zeitlich zur Aufnahme des römischen Rechts in Deutschland so verhält, wie etwa die späteren Glossatoren zur Aufnahme in Italien, mit derselben Unbefangenheit die rechtliche Selbständigkeit der auf deutschem Rechte beruhenden Einrichtungen gewahrt hat.

Als aber mit den Postglossatoren, ebenso wie in Deutschland im XVII. Jahrhundert, die romanistischen Juristen sich auch der praktischen Rechtsanwendung bemächtigten, kommt der Grundsatz auf, jeder Rechtsfall, für den nicht eine andere Entscheidungsnorm feststeht, müsse nach römischem Recht beurteilt werden. Da konnte mit der bloßen Begriffsjurisprudenz nicht mehr geholfen werden, denn die römischen Begriffe, wenigstens die Begriffe der uns überlieferten römischen Rechtsquellen, reichten für das viel reichere und mannigfachere moderne Leben nicht aus; überdies mußte es oft genug zu höchst unerfreulichen Ergebnissen führen, wenn Einrichtungen zweier himmelweit voneinander verschiedener Gesellschaften, wie es die römische einerseits, andererseits die mittelalterliche und neuere war, unbekümmert um den Abgrund, der sie zeitlich, wirtschaftlich und gesellschaftlich trennte, durcheinandergeworfen und nach denselben Entscheidungsnormen beurteilt werden sollten. Um aus diesen Schwierigkeiten herauszukommen, gab es mehrere Wege: man konnte den römischen Begriff so entstellen, daß er nun auch für die ganz fremdartigen Gebilde paßte; man konnte verschiedenartige Gebilde des römischen Rechts so miteinander vereinen, daß die dadurch gewonnenen Entscheidungsnormen dem entsprachen, was man gerade für den praktischen Fall brauchte; man konnte die römischen Entscheidungsnormen durch Auslegung so verfälschen, daß sie das gewünschte Ergebnis lieferten. In der Tat wurden, je nach Bedarf, alle diese Wege eingeschlagen. Damit sind wir bei der konstruktiven Jurisprudenz angelangt.

Konstruktive Jurisprudenz haben schon die Römer ihrem Aktionenrecht zuliebe geübt, wenn es sich darum handelte, mit den Mitteln des Rechts neue Bedürfnisse des Lebens zu befriedigen. Der Prätor

und die Juristen konnten allerdings neue Rechtssätze für neue Rechtseinrichtungen erfinden; aber die Macht hatte wahrscheinlich herkömmliche Grenzen, die uns nicht näher bekannt sind. Andererseits hatte für sie die Konstruktion den Vorteil, daß man bis zu einem gewissen Grade mit bereits festgesetztem Rechte arbeiten und die vielen Fährlichkeiten einer neuen Rechtsfindung ersparen konnte. Die Fiktionen zählen allerdings nicht dazu, da sich ihrer nur der Gesetzgeber und der Prätor, nicht, wie in England, die Juristen als Rechtsfinder bedient haben. Wirkliche juristische Konstruktionen sind die Konstruktion der Bürgschaft als mandatum pecuniae credendae, der Forderungsabtretung als mandatum in rem suam, der Schuldzahlung durch den Bürgen als Kauf der Forderung, der stillen Handelsgesellschaft als depositum irregulare. Diese römischen Konstruktionen lieferten jedoch keine verbindlichen Rechtsregeln, sie waren den Römern nichts als Hilfsmittel ihrer Kunst. Die römischen Juristen nahmen keinen Anstand, die Folgerungen aus der Konstruktion abzulehnen, die ihnen nicht paßten; so war der zahlende Bürge nicht, wie der Käufer einer Forderung, berechtigt, vom Gläubiger Gewährleistung zu verlangen, oder vom Schuldner mehr zu fordern, als er dem Gläubiger bezahlt hatte.

Ebenso konstruieren bereits, und zwar in nicht sehr bescheidenem Umfange, auch die Glossatoren. Den Satz des römischen Rechts: alteri stipulari nemo potest schränken sie dahin ein, daß zwar nicht die actio directa, wohl aber die actio utilis dem Dritten unmittelbar, ohne die von den Quellen vorausgesetzte Forderungsabtretung, erworben werde. Sie fassen das constitutum possessorium möglichst abstrakt, um das Erfordernis der Übergabe bei der Eigentumsübertragung abzuschwächen. Sie entstellen, vielleicht unbewußt, das römische dominium, indem sie ein dominium directum und ein dominium utile unterscheiden, und gewinnen auf diese Weise angemessene Entscheidungsnormen für die mittelalterlichen Nutzungsrechte. Um den Körperschaften die Fähigkeit eines Gesamtbeschlusses zu retten, verfälschen sie den römischen Satz l. 1. § 2, D. 42, 2 municipes per se nihil possidere possunt, quia universi consentire non possunt, durch eine ganz willkürliche Einschaltung: Glosse V° non possunt: subaudi hic facile vel commode. Sie entstellen gewiß bewußt den Begriff des servus publicus, indem sie den Notar ihrer Zeit, den tabellio, damit er im Namen seiner Auftraggeber, als deren Stellvertreter, Verträge abschließen könne, als servus publicus bezeichnen: quia publice servit, non quia servus est, meint Accursius.

Einen unvergleichlich größeren Schwung brachte aber in die juristische Konstruktion Bartolus und seine Schüler. Sie haben der gemeinrechtlichen Technik für viele Jahrhunderte den Weg gewiesen.

Die berühmtesten dieser Konstruktionen sind: die ganze Theorie der räumlichen Geltung der Statuten, fast ohne jede Grundlage im corpus iuris, äußerlich anknüpfend an l. 1. C. de summa Trin. 1, 1.; die aequitas Bartolina, die von Bartolus festgestellte Verpflichtung der ecclesia als Eigentümerin des emphyteutischen Grundstückes, dieses nach dem Aussterben des Stammes des Emphyteuta dessen Seitenverwandten in Erbpacht zu geben auf Grund de l. 1 § 43 D. de aqua quot. et aest. 43, 20. (In dieser Stelle sagt Ulpian bloß, der Erwerber eines Grundstücks habe einen Rechtsanspruch darauf, daß ihm das Recht des Wasserbezugs aus einer öffentlichen Leitung wieder gewährt werde, wenn er beweist, daß es dem Grundstück und nicht bloß der Person seines Vorgängers verliehen worden ist, ein Fall, der offenbar mit der Verleihung der Emphyteuse an die Seitenverwandten des Emphyteuta nichts zu tun hat.) Ebenfalls auf Bartolus geht zurück die Lehre von der Begründung der Dienstbarkeit durch bloße Bestimmung des pater familias, auf Grund sehr mangelhafter Auffassung der Quellen; auf Cinnus und Baldus die Verweigerung der exceptio Sc. Macedoniani gegen den filius familias in Handelssachen auf Grund der C. 4, 28, 5; auf Baldus die Konstruktion des Wechsels als Kauf, um das Wucherverbot zu umgehen. Von späteren Kommentatoren rühren her die Konstruktionen der Vollmacht des öffentlichen Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft zum Vertragsabschluß mit Dritten im Namen der Gesellschaft als wechselseitige praepositio institoria; des Vermögens der offenen Handelsgesellschaft als corpus mysticum ex pluribus nominibus conflatum, der Versicherung gegen Gefahr als emptio venditio periculi.

Äußerlich steht die Begriffsjurisprudenz und die konstruktive Jurisprudenz offenbar im schroffsten Gegensatze zur Methode der römischen Juristen. Diese suchten durch eingehende Betrachtung des Lebens die Natur der einzelnen Rechtsverhältnisse, wie sie im Leben vorkamen, zu erforschen, verallgemeinerten die Ergebnisse dieser Betrachtungen und erkannten so entweder unmittelbar aus ihrer Anschauung die aus dem wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Zusammenhange des Rechtsverhältnisses selbst sich ergebenden Entscheidungsnormen, oder erfanden welche, die der Natur des Rechtsverhältnisses angemessen waren. Dagegen strebt sowohl die Begriffs jurisprudenz als auch die konstruktive Jurisprudenz nicht nach dei unmittelbaren Erkenntnis dessen, was sich im Leben abspielt. Sie stellt angeblich den „Begriff“ des Rechtsverhältnisses, so wie ihn die römischen Juristen hatten, fest, um dann alle Rechtsverhältnisse ihrer Zeit, mit denen sie zu tun hat, den römischen Begriffen unterzuordnen und die römischen Entscheidungsnormen darauf anzuwenden. Zum größten Teil ist das aber alles doch nur Schein, nicht

Wirklichkeit. Die Begriffs- und Konstruktionsjurisprudenz würde nur dann in rein logischen Operationen, in einem „Rechnen mit Begriffen“ aufgehen, wenn sie dazu geführt hätten, die römischen Entscheidungsnormen, auf die modernen Verhältnisse anzuwenden, ohne Rücksicht, ob das Ergebnis dafür paßte oder nicht. Es ist aber leicht zu zeigen, daß das nicht der Fall war. Ohne eine gewisse Anschauung der Rechtsverhältnisse im Leben gibt es überhaupt keine Jurisprudenz. Die romanistischen Juristen müssen die Anschauung der Lebensverhältnisse ihrer Zeit gewinnen, um sie den römischen Begriffen unterordnen zu können. Sie suchten daher gerade so wie die Juristen aller Zeiten zunächst das Rechtsverhältnis, das zur Entscheidung vorlag, kennen zu lernen. So wurde auch von ihnen in jedem einzelnen Falle auf Grund der Akten, Urkunden, Zeugenaussagen, auf Grund dessen, was sie sonst über Herkommen und Verkehrsgebrauch wußten, das Recht des Grundstücks, der Familie, des Menschen, der Inhalt des Vertrags, die in Frage standen, ermittelt. Erst diese Lebenskenntnis gab die Grundlage für die Begriffsbildungen und Konstruktionen ab, die wir bei den Glossatoren und Postglossatoren finden. Nur das Leben konnte die Glossatoren lehren, welchen Inhalt die dinglichen Nutzungsrechte haben, die sie als dominium utile konstruieren, nur das Leben den Kommentatoren von der Versicherung gegen Gefahr etwas sagen, der sie mit dem Begriffe einer emptio venditio periculi beizukommen suchten. Die Begriffe von den modernen Rechtsverhältnissen, die die Italiener auf diese Weise erhielten, werden von ihnen nicht unbefangen den römischen Begriffen untergeordnet, sondern es wird das Ergebnis dieser Operation im vorhinein in Rechnung gestellt. Die römischen Begriffe wurden nicht so für die Zwecke der Jurisprudenz verwertet, wie sie sich aus den Quellen ergaben, sondern sie wurden zunächst absichtlich durch Abstraktion und Konstruktion künstlich so zurechtgelegt, daß für die neuen Verallgemeinerungen ein passendes oder wenigstens nicht allzu anstößiges Ergebnis herauskam. Waren die römischen Entscheidungsnormen schlechthin unbrauchbar, dann wurde eben die Anknüpfung nicht vollzogen. So wurde nicht der Versuch gemacht, auf die Hörigen des Mittelalters das römische Sklavenrecht anzuwenden, es sei denn, daß der Hörige zeitweilig, wie im Preußen des XVII. und XVIII. Jahrhunderts, so gedrückt war, daß die Anknüpfung durch die Gestalt des neueren Rechtsverhältnisses selbst nahegelegt war. Noch schärfer als bei der bloßen Begriffsbildung tritt diese Natur der Jurisprudenz bei der Konstruktion hervor. Hier hat der Jurist nicht bloß eine Anschauung vom Rechtsverhältnis, sondern hat auch bereits durch Verallgemeinerung und freie Rechtsfindung die Normen gewonnen, die er anwenden will: er sucht nur noch die Quellenstellen, die ihm die gewünschten Normen

liefern. Da er dabei mit der größten Willkür vorgeht, alles, was ihn stört, ohne Bedenken ablehnt, selbst vor offenbaren Verfälschungen und Entstellungen nicht zurückschreckt, so kann es ihm daran jedenfalls nicht fehlen. Es gibt für das Wesen der juristischen Konstruktion kaum etwas bezeichnenderes, als die bekannte Erzählung, Bartolus habe für die Rechtsfragen, mit denen er sich befaßte, zuerst die Lösung gefunden und dann seine Schüler beauftragt, dafür die Quellenstellen zusammenzusuchen. Bartolus war gewiß nicht der einzige, der die Entscheidung früher hatte als die Quellenstellen.

Die Begriffsjurisprudenz und die konstruktive Jurisprudenz führte daher in letzter Linie dazu, daß die juristischen Begriffe der Quellen, die zum großen Teile ihren ursprünglichen Inhalt verloren, mit einem neuen Inhalt erfüllt worden sind. Die Glosse mußte, wie Gierkes Darstellung zeigt, wenn sie von der universitas personarum handelte, sich über die Erscheinungen des Rechtslebens ihrer Zeit aussprechen, die nach ihrer Auffassung eine universitas waren: über das Kaiserreich, über Städte, Dörfer, Zünfte, über Kollegiatkirchen und Klöster, über die Kirchen, bei denen nur ein einzelner Geistlicher angestellt war; sie gelangte dazu, verschiedene Arten des Vermögens der universitas zu unterscheiden, die res in patrimonio universitatis und res universitatis; und im inneren Verhältnis der universitas die verschiedenen Gütermassen auseinanderzuhalten, deren jede ihren eigenen Rechtsgrundsätzen unterliege. Der Soldat der Quellen, der ein peculium castrense zu erwerben fähig ist, wird bei den Glossatoren, wie Fitting ausführt, zum mittelalterlichen Ritter; er darf kein Kaufmann sein, muß die Knappenprüfung bestanden, den Rittereid geleistet haben und mit dem Schwert umgürtet worden sein, die nota publica erhalten haben (was die Glosse nicht auf die Punktierung, sondern auf die Bandschleife bezieht, die der Ritter am Arme trug, bis sie ihm ein Fürst oder eine Dame von hohem Adel abnahm) und in die Liste eingetragen worden sein. Dieser militia armata wird dann mit Rücksicht auf das peculium quasi castrense die militia inermis gleichgestellt, die wieder in eine coelestis und litterata der Geistlichen und der Juristen eingeteilt wird. So werden von den Postglossatoren dann die Begriffe des römischen Rechts verwertet, um die durchaus modernen Begriffe des Wechsels, der offenen Handelsgesellschaft, des Gesellschaftsvermögens, der Versicherung zu konstruieren.

Der Ausgangspunkt der neuen Jurisprudenz ist also, genau so wie bei den Römern und beim Sachsenspiegel, das einzelne Rechtsverhältnis, das die Entscheidungsnormen für den einzelnen Rechtsstreit abgibt. Wie zu allen Zeiten, so wurde auch in der Glossatoren- und Postglossatorenzeit die große Masse der Entscheidungen auf

Grund der so erkannten Natur der einzelnen Rechtsverhältnisse gefällt, auf Grund der lebendigen Anschauung, auf Grund dessen, was in den Akten stand, auf Grund der Urkunden und der Zeugenaussagen. Um modern zu sprechen: in den meisten Rechtsstreiten wurde die Tatfrage, nicht die Rechtsfrage entschieden. Wo die Tatfrage aber eine allgemeine Bedeutung hatte, eine Verallgemeinerung zuließ und tatsächlich veranlaßte, verdichtete sie sich zu einem Rechtssatze. Diese neuen Rechtssätze dienten jetzt dazu, um in der äußeren Form der Begriffsbildungen und Konstruktionen den Begriffen des corpus iuris einen neuen, modernen, den Bedürfnissen einer anderen Zeit angemessenen Inhalt zu geben. Die Jurisprudenz dieser Zeit ist daher nur zum geringen Teil das, als was sie sich gibt: eine bloße Darstellung und Erklärung des Inhalts der Quellen, zum weitaus größeren Teile ist sie eine neue Jurisprudenz, die für eine neue Zeit die ewigen Aufgaben jeder Jurisprudenz erfüllt: das Recht, den Bedürfnissen des Lebens dienstbar zu machen.

Begriffsbildung und Konstruktion sind die bewährten Hausmittel der romanistischen Jurisprudenz geblieben, wo immer sie eingedrungen ist, so vor allem ihrer geschichtlich und wissenschaftlich wichtigsten Abzweigung, der deutschen Jurisprudenz seit dem XVI. Jahrhundert. Wenn Zasius den deutschen Hörigen nicht dem römischen Sklaven, sondern dem römischen Freigelassenen gleichstellen will, so bedeutet das vor allem den allerdings mißlungenen Versuch der Bildung eines abstrakten Freigelassenenbegriffs. Hätte Zasius irgendwie den wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Zusammenhang beider Verhältnisse beachten wollen, so hätte er selbstverständlich sofort eingesehen, daß die deutsche Hörigkeit der römischen Sklaverei viel ähnlicher ist, als der Stellung der römischen Freigelassenen, denn es handelt sich bei Hörigkeit und Sklaverei um einen Geburtsstand. Der Hörige wird doch, wie Zasius selbst hervorhebt, erst durch Freilassung zum Freigelassenen. Aber gerade vom wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Zusammenhang abstrahiert Zasius vollständig, faßt nur die Bestimmungen des römischen Rechts über die Freigelassenen ins Auge, die der Lage der deutschen Hörigen einigermaßen zu entsprechen scheinen, und verwertet sie dann zur Begriffsbildung, an der er sohin die deutsche Hörigkeit mißt. Um das zu tun, muß er sich offenbar auch über den Begriff der Hörigkeit im klaren sein, und diesen verdankt er ausschließlich seiner sehr eindringlichen und tiefen Anschauung des Lebens.

Aus dem Versuche von Zasius können wir vielleicht am besten lernen, wie das gemeine Recht entstanden ist. Wäre Zasius damit durchgedrungen, so hätte das zu einem gemeinen Hörigenbegriff auf Grundlage des römischen Freigelassenenbegriffs geführt. Die

Normen des römischen Freigelassenenrechts, die für den gemeinen Hörigen paßten, wären gemeines Recht geworden, die andern wären abgelehnt worden; außerdem wäre selbstverständlich für die Hörigen partikularrechtlich alles in Kraft geblieben, was für sie nach Herkommen, Gewohnheitsrecht, Satzungen, Verträgen, Gesetz gegolten hatte. Das gemeine Eigentumsrecht, Pfandrecht, Forderungsrecht und Erbrecht sind alle in dieser Weise aufgebaut und ausgebaut worden. Aber Zasius Begriffsbildung ist mißlungen, die Anknüpfung schien doch zu gewaltsam. Die Folge ist, daß für die rechtliche Stellung des Hörigen ausschließlich Verträge, Satzungen, Herkommen, Gewohnheitsrecht und die Gesetze maßgebend wurden. Hundert Jahre nach Zasius hat das Mevius ganz rückhaltlos ausgesprochen in seiner Schrift: Von dem Zustande der Abforderung und der verwiederten Abfolge der Baurs-Leute, mit den von Stintzing angeführten Worten: „Worinn aber ihre Dienstbarkeit und Freiheit soviel sie beyder theilhaft seyn, bestehe, lässet sich in universum nicht wol beschreiben. Angesehen dabey ein jedwedes Land und Territorium seine eigne Weisen, Gewohnheiten und Gebräuche hat . . . Darumb dieselbe wol erforschen und beleuchten muß, wer von der Bauern Zustand, Gebühr und Recht urtheilen wil.“

Die erste Errungenschaft der deutschen Jurisprudenz, die Feststellung des Begriffs der Gattung und der vertretbaren Sachen durch Zasius, ging ebenfalls in dieser Weise aus der Anschauung des Lieferungskaufs hervor, der wohl im XVI. Jahrhundert praktisch bedeutsam wurde, den römischen Juristen aber unbekannt ist. So wiederholt sich also hier überall das, was schon bei den Glossatoren und Postglossatoren geschehen ist: die angeblich von den Römern übernommenen Begriffe werden mit neuem Inhalt erfüllt. Der Vorgang ist durchaus der gleiche. Das einzelne Rechtsverhältnis, wie es sich in den Urkunden, Zeugenaussagen, Akten, im Herkommen und Verkehrssitte spiegelt, gibt den Stoff ab, der verallgemeinert und an den Quellenaussprüchen gemessen wird: nur ist hier schon vielfach eine partikularrechtliche Verarbeitung vorausgegangen. Wie sehr die berühmten deutschen Romanisten des XVII. und XVIII. Jahrhunderts bestrebt waren, nicht römisches Recht, sondern das Recht ihrer Heimat im römischen Gewande vorzutragen, ist bekannt. Es wird ja jeder von ihnen der Landschaft zugewiesen, der sein Lebenswerk angehört: Carpzow und Struve an Sachsen, Mevius an Norddeutschland, Lauterbach an Württemberg, Stryck an die Mark. Zur Erforschung der Rechtsverhältnisse ihrer Heimat benutzten sie Urteile und Fakultätssprüche, Prozeßakten, sowie das bereits gesetzte Recht des Gebietes, wo sie wirkten und für das sie schrieben. Also auch hier ist die Anschauung des einzelnen Rechtsverhältnisses der Anfang.

Es ist daher durch die Aufnahme des römischen Rechts den Juristen weder die Lebensbetrachtung, noch die Verallgemeinerung erspart worden, sondern nur der Schwerpunkt der Arbeit des Normenfindens einigermaßen verlegt. Soweit die römischen Normen schlechthin übernommen werden konnten, durften sich die Juristen allerdings auf bloße Darstellung und Auslegung des römischen Rechts beschränken; im übrigen wurde das ursprüngliche freie Verfahren, wie es etwa bei den Römern und bei den deutschen Schöffen üblich war, durch das sehr verkünstelte, aber im wesentlichen gleichartige der Begriffsbildung und Konstruktion ersetzt. Daß sie sich dabei so unwissenschaftlicher Mittel bedienten, wie es die wohl nur zum geringen Teile unbewußte Begriffsentstellung und Normenfälschung ist, wäre nur dann verwerflich gewesen, wenn sie Wissenschaft hätten treiben sollen. Sie verfolgten aber keine wissenschaftlichen Ziele, sondern das ewige, unverrückbare Ziel der praktischen Jurisprudenz, das Recht den Bedürfnissen des Lebens dienstbar zu machen.

XIV.

Die historische Richtung der gemeinrechtlichen Jurisprudenz.

Seit Mitte des XVI. Jahrhunderts steht die romanistische Jurisprudenz unter dem immer wachsenden Einflusse der historischen Richtung. Das Ziel jeder Rechtsgeschichte ist es, den ursprünglichen Sinn der Rechtssätze und die ursprüngliche Bedeutung der Rechtsverhältnisse zu erforschen. Das sind rein wissenschaftliche Bestrebungen, die als solche mit der praktischen Jurisprudenz nichts gemein haben, an dieser Stelle daher unbesprochen bleiben können. Nur soweit die historischen Juristen für die Rechtsanwendung arbeiten, befassen sie sich nicht mit Wissenschaft, sondern mit praktischer Jurisprudenz. Ich habe nicht feststellen können, ob die französischen und holländischen Rechtshistoriker irgendwo mit dürren Worten den Anspruch erhoben haben, daß die Ergebnisse ihrer Forschungen für die Rechtsübung maßgebend sein sollen, aber das dürfte schon darin liegen, daß sie keine andere Jurisprudenz als die historische anerkennen. Das konnte doch nur den Sinn haben, daß die historische, wissenschaftliche Jurisprudenz zugleich die praktische sein müsse. Jedenfalls hat die historische Schule im XIX. Jahrhundert in Deutschland so gedacht und darnach gehandelt. Das ergibt sich nicht so sehr aus ihren schwankenden und unklaren programmatischen Äußerungen, von denen allerdings mehrere bei Savigny kaum eine andere Deutung zulassen, als aus ihren sonstigen Arbeiten. Insbesondere Savignys Besitz, der für die Monographie der historischen Schule geradezu vorbildlich geworden ist, schreit diesen Gedanken mit aller Kraft in die Welt hinaus. Von den 654 Seiten des Buches (sechste Auflage) befassen sich 610 ausschließlich mit dem römischen Recht, ohne die neuere Entwicklung auch nur eines Wortes zu würdigen. Sobald der Sinn, den ein Quellenausspruch im Munde des Römers gehabt hatte, erklärt wurde, ist auch die praktische Frage erledigt; es gibt sonst nichts, was Savigny daran interessieren könnte. Ein magerer Abschnitt, 35 Seiten, haspelt die „Modifikationen des römischen Rechts“ ab. Sie werden in erster Linie daraufhin geprüft, ob sie sich

grundsätzlich mit dem, was bei den Römern Rechtens war, in Einklang bringen lassen. Ist das der Fall, dann kann mans gelten lassen, sonst werden sie mit einer verächtlichen Handbewegung beiseite geschoben. Savigny hat später, im System, ganz andere Grundsätze der dogmatischen Rechtsbehandlung gepredigt; aber bis dahin war methodologisch der Besitz ganz allein maßgebend. Dieser Schrift kann an Einfluß kaum eine zweite in der ganzen monographischen gemeinrechtlichen Literatur verglichen werden, nicht bloß in Deutschland. Auf meinen Reisen babe ich mich überzeugt, daß es in der Weltliteratur keine zweite Monographie gibt, die den wissenschaftlich gebildeten Juristen aller Rechte dem Namen nach, zum Teile sogar dem Inhalte nach so bekannt wäre, wie Savignys Besitz. Sie ist die eigentliche Programmschrift der historischen Schule für die praktische Jurisprudenz.

Der leitende Gesichtspunkt der historischen Juristen ist also nicht etwa, daß das wissenschaftliche Verständnis jedes Rechts nur aus der Geschichte erschlossen werden kann. Das ist ein wissenschaftliches Wahrwort ohne jede praktische Bedeutung. Der leitende Gesichtspunkt ist vielmehr, daß die praktische Jurisprudenz mit diesem wissenschaftlichen Verständnis auszukommen habe: und dieser Gedanke erhielt dadurch seine ganz besondere Färbung, daß nach der allerdings nie ausgesprochenen, aber immer betätigten Grundanschauung vom Rechte aller Rechtshistoriker der romanistischen Richtung seit Cuiacius, das Recht nicht in Rechtsverhältnissen, sondern aus Rechtssätzen besteht, so daß zum wissenschaftlichen Verständnis des Rechts nichts mehr notwendig ist, als die Bedeutung zu erfassen, die die Rechtssätze im Munde dessen, der sie zuerst ausgesprochen hatte, gehabt haben. Praktisch lief also die historische Auffassung darauf hinaus, daß die Rechtsübung den Rechtssätzen nur den Sinn beizulegen habe, den sie bei ihrem Urheber hatten. Hier tritt also wieder die weltgeschichtliche Antinomie der Jurisprudenz in Kraft, die ihre Denkformen, selbst wider ihren Willen, in Normen verwandelt.

Erst diese Beschränkung der, wie sie von Savigny genannt wird, „historischen Ansicht vom Rechte“, auf die Rechtssätze, erklärt uns das ganze Gehaben der Rechtshistoriker. Man hat seit Jhering nicht selten wenigstens die Begründer der historischen Schule in Deutschland Romantiker geheißen. Aber mit Unrecht, denn weder sie noch irgendeiner ihrer Anhänger unter den Romanisten waren wirklich Romantiker. Die den Romantiker kennzeichnende Sehnsucht, das Leben in die Vergangenheit zurückzuschrauben, war ihnen vollständig fremd. Sie haben nie ein Verlangen darnach gezeigt, daß die patria potestas wieder auflebe, daß die Verträge in Stipulationsform abgeschlossen werden, und wenn Savigny in einer Buchanzeige über

das moderne Grundbuchwesen bittere Worte gesprochen hatte, so hat er damit nicht etwa dem römischen Pfandrecht das Wort reden wollen. Da für die Rechtshistoriker aller Zeiten nicht die Rechtsverhältnisse das Recht waren, sondern die Rechtssätze, so haben sie sich auch nicht darum gekümmert, wie sich die Rechtsverhältnisse im Leben gestalten. Sie haben dem Leben selbst freien Lauf gelassen: sie forderten nur, daß die Rechtsverhältnisse von den Gerichten nach den wissenschaftlich richtig festgestellten römischen Rechtssätzen beurteilt werden. Aber gerade daran mußten sie scheitern. Wäre das Leben unter dem Einfluß der historischen Schule wieder römisch geworden, die Anwendung des richtigen römischen Rechts hätte sich von selbst ergeben. Da aber das Leben modern blieb und bleiben sollte, so konnte man unmöglich römisches Recht auf Rechtsverhältnisse anwenden, die den Römern zum großen Teile ganz unbekannt, zum anderen Teile ganz anders waren als bei den Römern.

So standen die Rechtshistoriker wieder vor der großen Schwierigkeit der Anknüpfung. Und gerade an dieser Schwierigkeit haben sie sich dadurch am schwersten versündigt, daß sie sie nicht gesehen haben. Sie haben sie nicht einmal historisch je untersucht, obwohl das von ihrem Standpunkte aus ihre erste Pflicht gewesen wäre, weit mehr als die Aufhellung einiger dunkler Punkte aus der römischen Rechtsgeschichte. Sie haben nie darnach gefragt, wie die Glossatoren, Postglossatoren und die deutschen Romanisten des XVI. bis zum XVIII. Jahrhundert die Anknüpfung vollzogen haben. Savignys Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter war juristische Literaturgeschichte, die sonstige Rechtsgeschichte der Rechtshistoriker für die Zeit seit der Aufnahme fast ausschließlich Dogmengeschichte. Wo ihr Blick Juristen vergangener Jahrhunderte streifte, interessierte sie nur die Art, wie diese das römische Recht aufgefaßt haben, nicht wie sie sich zum Recht ihrer Zeit stellten. Bis auf den heutigen Tag haben wir keine Darstellung des Rechts der Glosse, der Postglossatoren oder des deutschen usus modernus, sogar nur wenige dogmengeschichtliche Arbeiten über die Behandlung einzelner Rechtseinrichtungen durch die Glossatoren, Kommentatoren und den usus modernus.

Aber eine Schwierigkeit wird bekanntlich dadurch nicht beseitigt, daß man sie nicht sieht. Die Frage der Anknüpfung des römischen Rechts mußte schließlich von der Rechtsprechung tagtäglich gelöst werden. Eine Jurisprudenz, die von der Anknüpfung eines Rechts der Vergangenheit an die Rechtsverhältnisse der Gegenwart nichts wissen will, gibt eben kein praktisches Recht, sondern ein historisches Recht. Die historische Schule der Franzosen und Niederländer trifft das nicht so schwer, denn, wie es scheint, wollte sie nur historisches

Recht lehren und es der Rechtsübung überlassen, sich damit so gut zu behelfen, wie sie es konnte. Aber die deutschen Rechtshistoriker haben tatsächlich nicht römisches, sondern ein in Deutschland anwendbares Recht gelehrt, und so mußten sie wohl oder übel neben dem römischen Recht auch die Anknüpfung berücksichtigen. Sie taten es zumeist in der Weise, daß sie Ergebnisse der Anknüpfung, so wie sie von ihren Vorgängern bereits vollzogen worden ist, einfach herübernahmen. Sie bezogen die Rechtssätze des römischen Rechts auf dieselben modernen Verhältnisse, auf die sie schon von den Glossatoren, Postglossatoren und Lehrern des usus modernus in Deutschland bezogen worden sind. Die Pandektenlehrbücher der historischen Schule unterschieden sich von den älteren Arbeiten hauptsächlich dadurch, daß sie die Anknüpfung gar nicht mehr besprechen, sondern ihre Ergebnisse voraussetzen; in allen wesentlichen Beziehungen stellen sie nur die Ergebnisse dar, zu denen die gemeinrechtlichen deutschen Juristen schon im XVIII. Jahrhundert gelangt sind. Nur haben sie es beharrlich abgelehnt, deren Schriften auch anzuführen, denn trotz allem, was sie ihnen schuldeten, verachteten sie sie doch im tiefsten Grunde ihres Herzens ganz unsäglich, so daß wir, dank diesen Rechtshistorikern, jede Kenntnis des historischen Zusammenhangs zwischen der Anknüpfung im XIX. Jahrhundert und in den vergangenen Jahrhunderten eingebüßt haben. Aber bei Fragen, die erst im XIX. Jahrhundert aufgetaucht sind, versagte dieser Behelf. Insofern für deren Lösung die historische Schule keine neuen Mittel angab, blieb es auch hier bei den bewährten alten. Man arbeitete daher ganz so wie bisher mit unmittelbarer Anschauung, mit Verallgemeinerung und verkleidete sie nach bewährten Mustern als Begriffsbildung und Konstruktion.

Als Beispiel möge die so sehr angewachsene gemeinrechtliche Literatur über den Vertragsabschluß unter Abwesenden dienen. Es handelt sich durchaus um Fragen, die die moderne Entwicklung des Post- und Telegraphenwesens mit sich brachte, über die daher in den römischen Quellen schlechthin nichts enthalten war. Die Lösung mußte daher ganz selbständig gefunden werden. Die Grundlage war die Anschauung und die Verallgemeinerung des Erlebten, aber nachträglich wurden die Lösungen, die sich so ergaben, in die Quellen hineingelesen. So ging es auch der Jheringschen Theorie der culpa in contrahendo und des negativen Vertragsinteresses. Wichtiger sind die Arbeiten Einerts und Liebes über den Wechsel. Nachdem aus der lebendigen Anschauung das Wechselrecht entwickelt wird, werden die Ergebnisse in die romanistischen Formeln des Literalkontraktes, der Stipulatio hineingepreßt. Ganz aus der Anschauung arbeitet Bähr, bei dem die Anknüpfung an die Quellen fast nur noch äußerlicher Aufputz ist.

Als Ergebnis der Bestrebungen der Rechtshistoriker für die praktische Jurisprudenz kann daher nur bezeichnet werden, daß die Konstruktion mittels bewußter Verfälschung und Entstellung einigermaßen eingeschränkt worden ist. Die Rechtssätze sollten überall nur in ihrem ursprünglichen Sinn angewendet werden. So geringfügig das aber auch scheinen mag, die Wirkung der historischen Richtung in der praktischen Jurisprudenz war doch mittelbar eine ungeheuer große. Dadurch, daß die Rechtshistoriker es als die einzige Aufgabe der Jurisprudenz hinstellten, den Sinn der Rechtssätze im Zeitpunkte ihrer Entstehung zu ermitteln, verlegten sie geflissentlich den Schwerpunkt des juristischen Interesses in die Vergangenheit. Sie schlossen die Gegenwart aus der Jurisprudenz aus und machten sie aus einer schöpferischen Kunst tatsächlich zu einer Art Wissenschaft, aber nur zu einer Art der Philologie, die sich nicht mit dem Erkennen der Dinge, sondern mit dem Erkennen dessen befaßte, was über die Dinge gesagt worden ist. Die ganze Entwicklung vom Augenblicke, wo der Rechtssatz in der heute verbindlichen Form ausgesprochen worden ist, bis zur Gegenwart, kümmerte sie nicht mehr, sie machten Halt bei Sabinus oder bei Papinian, und wenn Justinian noch eine Interpolation vorgenommen hatte, bei diesem. Praktisch läuft das Zurückdrängen der schöpferischen Jurisprudenz auf die Lehre hinaus, daß die Lösung aller Fragen durch Auslegen der Quellen zu finden ist. Die Lehre vom alles voraussehenden Gesetzgeber und von der Geschlossenheit des Rechtssystems, im Keime schon bei den Postglossatoren vorhanden, hat durch die Rechtshistoriker, zumal die deutschen, ihre wissenschaftliche Weihe erhalten.

Aber gerade deswegen, weil die Rechtshistoriker jedes bewußte Fortführen des Rechts über den Quelleninhalt tatsächlich ablehnten, waren sie gezwungen, die juristischen Methoden weiterzubilden. Alle die Willkürlichkeiten, naiven Mißverständnisse und bewußten Verfälschungen vergangener Juristenschulen dienten schließlich doch nur dazu, das Recht neuen Bedürfnissen anzupassen und durch die Normen zu bereichern, die die Gegenwart brauchte: durch das von den Rechtshistorikern mit solchem Eifer betriebene Zurückgehen auf den ursprünglichen Quelleninhalt wurde, wenn auch nicht alles, so doch eine Menge dieses höchst wertvolleren Rechtsstoffs beseitigt und das Recht verarmte. Die Kluft zwischen dem überlieferten Recht und der Gegenwart, immer breiter geworden, mußte irgendwie überbrückt werden, und das geschah in der Hauptsache dadurch, daß die juristische Begriffsbildung und Konstruktion zu einer Begriffsmathematik und konstruktiven Systematik umgeprägt worden ist.

Das Wesen der juristischen Begriffsmathematik ergibt sich aus dem Vergleich der juristischen Begriffe mit den mathematischen. Die

juristischen Begriffe sind empirisch. Sie sind eine Zusammenfassung der für ein empirisch gegebenes Rechtsverhältnis geltenden Rechtsnormen, die dafür so wesentlich sind, daß sich durch sie das Rechtsverhältnis von andern ähnlichen unterscheidet. Aus einem juristischen Begriffe können daher mit Hilfe der formalen Logik keine andern Normen entnommen werden, als die für dessen Aufbau verwendet worden sind, denn die formale Logik kann überhaupt keinen neuen Denkstoff liefern, sie kann nur den vorhandenen entfalten und in seine Bestandteile zerlegen.

Die mathematischen Begriffe sind dagegen willkürlich, oder, wie sie der berühmte französische Mathematiker Poincaré nennt, konventionell. Dem Begriff werden Eigenschaften oder Kennzeichen beigelegt, unbekümmert ob sie wirklich, oft sogar ohne Rücksicht darauf, ob sie vorstellbar sind: man denke an die imaginäre Zahl, die unendliche Größe, die Riemannsche Fläche. Man verlangt auch nicht, daß die Folgerungen, die sich aus dem Begriffe ergeben, mit irgendeiner Wirklichkeit übereinstimmen, man verlangt nur, daß sie sich nicht selbst widersprechen. Dieses Absehen von der Wirklichkeit ist bei der Mathematik durchaus gerechtfertigt, denn der Mathematiker erhebt nicht den Anspruch, die Wirklichkeit durch seine Begriffe zu meistern. Das mathematische Denken ist für besonders dafür angelegte Naturen eine Quelle reinsten Genusses, anderen dagegen ist es zum Teile ganz unzugänglich, auf andere wieder, zu denen auch ich leider gehöre, wirkt es geradezu abstoßend.

Es ist aber keineswegs unmöglich, die empirischen Begriffe so zu behandeln, als ob sie mathematische wären, ihnen willkürlich Eigenschaften beizulegen und daraus wirklichkeitsfremde Folgerungen zu ziehen. Die Naturphilosophie vergangener Jahrhunderte ist oft genug diesen Weg gegangen. Der Jurisprudenz wird ein solches Vorgehen dadurch außerordentlich nahegelegt, daß ihren Begriffen tatsächlich etwas Willkürliches, Konventionelles anhaftet. Die Rechtseinrichtungen, Entscheidungsnormen, gesetzlichen Bestimmungen, aus denen sie die Wesensmerkmale ihrer Begriffe schöpft, sind Menschenwerk, dessen innere empirische Notwendigkeit uns oft genug nicht einleuchtet, und das, was aus diesem Materiale aufgeführt wird, macht oft den Eindruck, als ob es nach Belieben auch anders hätte gemacht werden können. Es war doch nur konventionell, daß den römischen Juristen der Kaiserzeit die längst verschwundene Familienordnung des Vollhufners aus der Zeit der punischen Kriege als Grundlage für die Begriffe des Familienrechts diente, daß der Code civile die Mobiliargemeinschaft, das deutsche bürgerliche Gesetzbuch die Verwaltungsgemeinschaft zum gesetzlichen Güterstand erhob, und wie vieles ließe sich bei jeder dieser Rechtseinrichtungen ganz anders

regeln als es geschehen. Die Ähnlichkeit der juristischen Begriffe mit den mathematischen ist allerdings nur äußerlich, denn nicht der Begriff selbst ist willkürlich gebildet, sondern bloß seine empirische Grundlage beruht — und auch das nur scheinbar — auf menschlichem Wollen. Trotzdem hat diese oberflächliche Ähnlichkeit genügt, um eine juristische Methode zu zeitigen, die mit der mathematischen eine große Verwandtschaft zeigt. Aber dadurch allein wird die ungeheuere Bedeutung der juristischen Begriffsmathematik noch nicht erklärt.

Es kommt dazu der höchst merkwürdige Umstand, daß die Jurisprudenz, obwohl von der Mathematik so grundverschieden, doch auf mathematisch angelegte Geister fast zu allen Zeiten einen eigentümlichen Zauber ausgeübt hatte. Ein juristischer Mathematiker will durch die Jurisprudenz nicht die Bedürfnisse befriedigen, für die sie eigentlich da ist, er sucht sich durch sie den hohen geistigen Genuß zu verschaffen, den ihm in viel unanfechtbarer Weise die höhere Analyse oder die Zahlentheorie bieten könnte. Nach Art des Mathematikers schafft er die juristischen Begriffe wenigstens zum Teile willkürlich: aber verschieden vom Mathematiker fordert er, da die große Antinomie der Jurisprudenz sich auch hier sofort geltend macht, daß die Folgerungen, die er durch die Entfaltung des Begriffs gewinnt, sich in Wirklichkeit umsetzen, daß sie als Normen anerkannt werden, daß der Richter darnach entscheide und der Gesetzgeber sich darnach richte. Gerade darin, daß sie den Gebilden seiner Phantasie Wesenheit verleihe, liegt in seinen Augen die Weihe und die Würde der Kunst, der er sein Leben gewidmet hat.

Wir finden den juristischen Mathematiker wohl in allen Breitegraden, vereinzelt auch bei den Römern — am üppigsten vielleicht in der Lehre vom Anwachsungsrecht bei Vermächtnissen —, bei den heutigen Franzosen und Engländern; aber das gemeine Recht war für ihn ein außerordentlich günstiger Boden. Denn die Verallgemeinerungen, deren historische Grundlage längst dem Gedächtnis entschwunden war, die Entscheidungsnormen, deren gesellschaftliche Gerechtigkeit einer fernen, uns zum Teile unverständlichen Vergangenheit angehörte, die Gesetze, deren Zweckmäßigkeit wie bei der lex Falcidia, uns heute ein Rätsel ist, das alles konnte hier noch mehr als sonst auf den Gedanken führen, vieles oder das meiste sei im Rechte willkürlich und konventionell. Die historische Richtung, die das Verständnis für die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Zusammenhänge, aus denen die Rechtssätze in Rom hervorgegangen sind, hätte fördern sollen, war bekanntlich immer mehr antiquarisch als historisch und einer solchen Aufgabe nicht gewachsen. Da sie das praktische Bedürfnis, über das römische Recht hinauszugehen, nur noch verschärfte, so ist es leicht begreiflich, daß die Begriffsmathematik vielleicht noch nie

so üppig in die Halme schoß, wie unter der Herrschaft der historischen Schule in Deutschland. Ihre bedeutendsten Vertreter waren überwiegend Mathematiker: Puchta, Vangerow, Windscheid, Brinz, in seiner ersten Zeit auch Jhering. Es genügt vielleicht darauf hinzuweisen, was alles zeitweilig „begrifflich" unmöglich war: die Abtretung einer Forderung, die testamentarische Einsetzung einer erst durch das Testament zu begründenden Stiftung (Städelscher Erbfall) der Satz: Kauf bricht nicht Miete, die Dienstbarkeit eines Aktionärs an dem der Aktiengesellschaft gehörenden Grundstück. Dagegen war es begrifflich notwendig, daß ein Schwindler, der die schwimmende Ladung Kohle arglistig an mehrere Personen verkaufte, wenn sie zufällig unterging, wegen des Satzes: der Käufer trägt die Gefahr, von jedem Käufer den ganzen Kaufpreis verlangen konnte. Ob sich wohl je ein Römer mit dieser logischen Folgerung begnügt und nicht für diesen Fall eine entsprechende Norm frei gefunden hätte?

Ein Musterfall der Begriffsmathematik ist der Eigentumsbegriff der deutschen historischen Schule. Seine empirische Grundlage bilden: das Eigentum an beweglichen Sachen, das infolge der wirtschaftlichen Bestimmung in der Regel jeden Gebrauch und Verbrauch gestattet; das römische Eigentum am fundus italicus und das moderne an dem aus der Grundentlastung hervorgegangenen Grundstück, die vermöge der römischen und der heutigen Bodenverfassung eine sehr ausgedehnte Nutzung gewähren; das nudum ius an einem fremden Nutzungsrechte unterworfenen Boden; und das Herrenrecht an dem im Lehens- und bäuerlichen Verbande stehenden Grundstück. Das sind wohl Rechtsverhältnisse, die wirtschaftlich so wenig miteinander zu tun haben, daß es kaum möglich ist, dafür einen gemeinsamen empirischen Begriff zu schaffen, da dieser, wie jeder empirische Begriff, wirtschaftlich ausgeprägt sein müßte. Die Römer haben allerdings ohne einen Eigentumsbegriff am ager publicus oder am solum provinciale auskommen können, und auch die heutigen Engländer können einen allgemeingültigen Eigentumsbegriff ganz gut entbehren; die ältere gemeinrechtliche Jurisprudenz hatte ihn auch nicht, sondern unterschied zwischen einem dominium directum und utile. Die historische Schule wollte auf ein allgegenwärtiges Eigentum nicht verzichten; auf der Suche nach einem Begriff, der die wirtschaftlich verschiedenartigsten Verhältnisse decken sollte, konnte sie aber notwendigerweise nur bei einem vollständig unwirtschaftlichen Begriff anlangen. Seine ansprechendste Fassung ist vielleicht die Windscheidsche: Eigentum sei das Recht, das an sich den Willen des Berechtigten entscheidend für die Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen macht. Dieser Begriff ist offenbar durchaus willkürlich. Man vergleiche ihn nur mit einem wirtschaftlichen juristischen Begriff, etwa des Pfandrechts, des Nieß-

brauchs oder des Verkaufsrechts, und man wird sofort merken, daß er im Gegensatze zu diesen gar kein wirtschaftliches Verhältnis bedeutet, sondern nur eine Formel ist, dazu bestimmt, den mannigfachsten wirtschaftlichen Beziehungen eines Menschen zur Sache einen gemeinsamen Namen zu geben. Trotzdem werden daraus eine Reihe von Folgerungen gezogen: daß es an einer körperlichen Sache nur ein einziges Eigentum geben könne; daß ein dingliches Recht an der eigenen Sache unmöglich sei; daß mit dem Erlöschen eines dinglichen Rechts das Eigentum von den Beschränkungen durch das dingliche Recht frei werde; daß bei der Negatorienklage der Eigentümer nur sein Eigentum zu beweisen habe. Ergeben sich solche Normen wirklich aus dem Eigentumsbegriff, wie ihn etwa Windscheid gefaßt hat? Die Worte sind allerdings so nichtssagend, daß sie nicht nur das, sondern auch vieles andere bedeuten können. Könnte man aber nicht auch dann vom Eigentum sprechen, wenn diese vier Kennzeichen nicht zutreffen? Es ist doch sicher, daß der Eigentümer heute nach verschiedenen Rechtssystemen das Jagdrecht, das Wasserrecht, das Bergrecht an seiner Sache haben kann; daß sich das Eigentum auch nicht immer bei Wegfall des einem andern zustehenden dinglichen Jagdrechts oder Bergrechts auf diese Rechte erweitert; und daß der Eigentümer Eigentümer bleibt, auch wenn die Beweislast bei der Negatorienklage anders geregelt ist. Andererseits könnte man auch vom Nutzungsberechtigten sagen, daß er kein Recht an der Sache haben kann, an der ihm das Nutzungsrecht zusteht; daß sein Recht durch Wegfall eines dinglichen Rechts von der Beschränkung frei wird; und daß es genügt, wenn er bei der ihm auch zustehenden Negatorienklage sein Recht beweist. Es bleibt daher vom Eigentumsbegriff nicht viel übrig. Aber die angeblich aus dem Begriff fließenden Normen stammen in Wirklichkeit vom römischen Rechte, sind also empirisch, und es ist zweifellos willkürlich, sie als Ausfluß des Begriffs auch dort gelten zu lassen, wo ihre Geltung empirisch nicht feststellbar ist. Die Verteilung der Beweislast bei der Negatorienklage gehört dem neuesten gemeinrechtlichen Juristenrecht an und ist so wenig begrifflich notwendig, daß sie es nicht einmal zur allgemeinen Anerkennung gebracht hat.

Ein zweites typisches Beispiel der Begriffsmathematik ist Savignys Lehre vom wesentlichen Irrtum. Nach Savigny ist das Rechtsgeschäft begrifflich eine Willenserklärung. Daraus folgt, daß es nicht vorhanden ist, wenn infolge eines wesentlichen Irrtums Willen und Erklärung nicht übereinstimmen, ohne daß es dabei auf das Verschulden des Irrenden ankäme. Da der Vertrag nur eine Abart des Rechtsgeschäfts sei, so gelte das auch für den Vertrag, selbst wenn der Irrtum dem andern Vertragsteil nicht erkennbar wäre. Soweit das Rechtsgeschäft empirisch nichts anderes ist als eine Willenserklärung,

ist diese Lehre richtig: also für Schenkungen und andere einseitig belastende Geschäfte (Bürgschaft, Anerkennung, Genehmigung), letztwillige Erklärungen, familienrechtliche Verträge, wohl auch die meisten Vergleiche. Bei Verträgen, die dem Verkehre dienen, ist sie aber zweifellos unrichtig. Sie ist so wenig begrifflich notwendig, daß die Gerichte, wie mir meine Forschungen über die gemeinrechtliche Rechtsprechung des letzten Jahrhunderts zeigten, nur in den seltensten Fällen und nur aus doktrinären Gründen im Sinne Savignys erkannten. Hat der Bevollmächtigte ohne jede Arglist den Vertrag im Namen des Vertretenen abschließen wollen, ohne daß es dem andern Teil erkennbar gewesen wäre, so wurde das nie beachtet: und das ist wohl ein ganz zweifelloser und auch der häufigste Fall eines Irrtums in der Person.

Diese beiden Beispiele gestatten einen tiefen Einblick in das Wesen der Begriffsmathematik. Auch der Begriff des Eigentums, den die historische Schule gebildet hat, und der Savignysche Begriff des Rechtsgeschäfts sind aus der Anschauung der Wirklichkeit entstanden, daher empirisch. Wir kennen die einzelnen Rechtsverhältnisse, die diesen Begriffsbestimmungen zugrunde liegen; die Normen, die angeblich aus dem Begriffe sich ergeben, gehören zum Teile dem geltenden Rechte an. Aber diese Begriffe sind weder nach Art der naturwissenschaftlichen sorgfältig aus Erfahrungstatsachen abgezogen, noch auch, wie die Begriffe der praktischen Jurisprudenz mit Rücksicht auf die Bedürfnisse der Rechtsanwendung geschaffen worden. Sie sind Verallgemeinerungen der Wirklichkeit, aber nicht wissenschaftliche, sondern oberflächliche, laienhafte, mit einer Reihe von ganz willkürlichen Bestandteilen vermengt, nach der Art der ältern Naturphilosophie oder auch der Schellingschen, unter deren Einfluß Savigny und Puchta bekanntlich gestanden sind; sie sind aber auch nicht praktisch, denn jede Rücksicht auf Zweckmäßigkeit ist ihnen im vorhinein fremd. Wenn sich aus ihnen nach formaler Logik Normen ergeben, so liegt es daran, daß dieselben Normen zu ihrem Aufbau verwendet worden sind: man kann mittels formaler Logik jederzeit einem Begriffe das entnehmen, was man hineingelegt hatte. Soweit die Normen empirisch festgestellt wurden, sind sie auch richtig, stammen sie aber nicht aus der Wirklichkeit, dann sind sie eben selbstgeschaffene Normen der Jurisprudenz. Von anderm Juristenrecht unterscheiden sie sich nur dadurch, daß sie, wenigstens dem Anscheine nach, unabhängig von gesellschaftlicher Einwirkung, von Machtverhältnissen, Zweckmäßigkeitserwägungen, Gerechtigkeitsströmungen, entstanden sind. Aber gerade diesem Umstande verdankt die Begriffsmathematik einen Teil ihres Erfolges. Ihre höchste Blüte fällt in eine Zeit, wo man die Rechtsbildung ganz dem Gesetzgeber vorbehalten wollte. Wenn die Rechtspflege damit, was ihr der römische und auch

der neuere Gesetzgeber geboten hatte, nicht auskommen konnte, so war eine ganz ungesellschaftliche, angeblich nur aus den Begriffen abgeleitete Rechtsbildung das, was man ihr noch am ehesten gönnte. Savigny und Puchta haben bei ihrer Lehre vom wissenschaftlichen Rechte nachweisbar vor allem an diese Art der Rechtsbildung gedacht. Andere haben davon allerdings nichts wissen wollen. Die Wissenschaft als Rechtsquelle bedeutet nach der Meinung von Windscheid eine Verwechslung der Hebamme mit der Wöchnerin.

Eine gesellschaftlichen Einflüssen ganz entzogene Normenfindung, die bloß in den logischen Folgerungen aus gegebenen Begriffen bestünde, wäre allerdings kaum noch als Rechtsschöpfung zu bezeichnen, und eine darauf beschränkte „Wissenschaft“ würde schwerlich als Rechtsquelle gelten können. Die Begriffsmathematik hat jedoch ihr Ziel tatsächlich nie erreicht. Willkürlich gebildet, konnten die juristischen Begriffe jederzeit willkürlich umgedacht werden, wo es die Machtverhältnisse, Zweckmäßigkeitserwägungen und Gerechtigkeitsströmungen verlangten. Ob man das durch einen Stellvertreter abgeschlossene Geschäft als durch den Willen des Vertreters oder des Vertretenen zustande gekommen betrachtet, das hängt davon ab, ob man durch die eine oder durch die andere Konstruktion zu einem befriedigenderen Ergebnisse kommt: und damit sind wir wieder bei den gesellschaftlichen Einflüssen angelangt. Selbst bewußter Rechtsbeugung hat die Begriffsmathematik unzähligemal gedient.

Als letzter Baustein der gemeinrechtlichen Jurisprudenz kommt ihre Systematik in Betracht. Ihr Ursprung liegt nicht in den Bedürfnissen der Rechtsübung. Allerdings müssen auch praktische, bloß für die Rechtsübung bestimmte Werke ihre Ordnung haben, aber sie wollen damit nur das rasche Zurechtfinden erleichtern, ihre Ordnung ist daher auf den Inhalt, gerade so wie die Buchstabenordnung der Wörterbücher, ohne Einfluß. Die juristische Systematik ist aus den Bedürfnissen des Unterrichts entstanden. Der Unterricht soll dem Lernenden den Stoff übersichtlich gegliedert darbieten. Dem Lernenden prägen sich wenige umfassende Wahrheiten viel besser ein als zahllose Einzelheiten. Während es beim praktischen Gebrauche darauf ankommt, bei jedem Punkte alles zu sagen, was diesen Punkt betrifft, wird der Lehrer nach Möglichkeit allgemeine Grundsätze aufstellen und aus diesen die Einzelheiten ableiten. Daher das Bestreben, die Rechtserscheinungen zusammenzufassen, von denen man etwas allgemeines aussagen kann, die Rechtsverhältnisse, für die gemeinsame Regeln bestehen, in demselben Abschnitt zu behandeln. Gewiß sind das äußerliche Gesichtspunkte, aber die Rechtsverhältnisse, die deswegen zusammengebracht worden sind, weil für sie dieselben Regeln, etwa der prozessualen Verfolgung, gelten, werden oft auch innerlich

miteinander verwandt sein. Die Einteilung der Rechte in dingliche und obligatorische, die an den folgenschweren Gegensatz der actiones in rem und in personam anknüpft, die Zusammenfassung der Vorschriften über die dinglichen Rechte, über das Erbrecht einerseits, über die Verträge, Schadenersatz und einige andere obligatorische Ansprüche andererseits, haben hier ihren Ursprung. So beginnt die Systematik schon in Rom mit den Lehrbüchern. Das Gaianische System, das gewiß auf eine ältere Quelle zurückgeht, beherrscht den Unterricht bis in die Zeit Justinians und findet sich in dessen Institutionen wieder. Die Erklärung der Justinianischen Institutionen leitet im Mittelalter und der Neuzeit den Rechtsunterricht ein, und seit dem XVII. Jahrhundert erscheinen in Deutschland zahlreiche Lehrbücher, den ganzen Rechtsstoff enthaltend, nach dem Institutionensystem geordnet. Ihm folgen der code civil und das österreichische bürgerliche Gesetzbuch, und mit Änderungen, die nur die Oberfläche berühren, das auf Hugo und Heise zurückgehende Pandektensystem des XIX. Jahrhunderts und das deutsche bürgerliche Gesetzbuch.

Anfänglich war man sich der inneren Verwandtschaft der Rechtseinrichtungen, die in allen diesen Systemen unwillkürlich zum Ausdrucke kam, allerdings sehr wenig bewußt; aber im Laufe der Zeiten trat sie mehr hervor und steht in den systematischen Bestrebungen der Ramisten und des Donellus im Vordergrund. Die Rechtsverhältnisse, die man zusammenstellte, erschienen in der Folge als bloße Abarten desselben Rechtsverhältnisses. Die Altersstufen sind Arten des status, Eigentum und dingliche Rechte Arten des dinglichen Rechts, die einzelnen Verträge Arten des Vertrages. Das umfassende Rechtsverhältnis erhält einen besonderen Namen, und man sucht dafür auch nach einer allgemeinen Begriffsbestimmung. Die nächste Folge ist, daß alle Rechtsvorschriften, die über mehrere verwandte Rechtsverhältnisse dasselbe bestimmen, nicht mehr auf diese einzelnen Rechtsverhältnisse, sondern auf den sie alle umfassenden Rechtsbegriff bezogen werden; und schließlich gelangt man dazu, das, was von einem dieser Verhältnisse gesagt wird, wenn nicht besondere Gründe entgegenstehen, von allen gelten zu lassen. Durch die Systematik wird also die Verallgemeinerung folgerichtig fortgesetzt. So haben schon die Römer rein systematisch zahlreiche Normen verallgemeinert: über die actiones in rem und in personam, über die obligationes naturales, über die Haftung für Verschulden und Verzug in Vertragsverhältnissen. Ein bewunderungswürdiges modernes Muster systematischer Verallgemeinerung ist die Lehre von den Bereicherungsansprüchen bei Windscheid. Die systematische Verallgemeinerung steht der juristischen Konstruktion überaus nahe. Auch zu rein konstruktiven Zwecken bedienten sich die Römer der Verallgemeinerung

sehr häufig. Wenn sie den Werk-, Arbeits- und Dienstvertrag dem Recht der locatio conductio unterstellen, so war die Absicht offenbar nur, die Verträge zu klagbaren Contractus zu erheben. Der Versuch, den Tausch in ähnlicher Weise systematisch zu konstruieren, ist allerdings gescheitert.

Die deutsche historische Schule ging jedoch um einen Schritt über diese Verallgemeinerung hinaus. Schon die konstruktive Jurisprudenz wußte es für ihre Zwecke zu verwerten, daß sich bei den verschiedenen Rechtsverhältnissen gewisse Tatsachen und gewisse Rechtswirkungen wiederholen. Wenn die Römer die Zahlung der Forderung durch den Bürgen als Kauf der Forderung konstruieren, so liegt dem die Beobachtung zugrunde, daß sowohl bei der Zahlung der Forderung als auch beim Kaufe die Zuzählung einer Geldsumme vorkommt: sie ließen dieser Zuzählung im Falle einer Zahlung dieselbe Wirkung erzeugen, die sie im Falle eines Kaufes hätte haben müssen. Hier wird die Zuzählung des Geldes an den Gläubiger aus ihrem Zusammenhange herausgehoben und als selbständige juristische Tatsache behandelt, die den Anspruch auf den Übergang der Forderung zur Folge hat. Ebenso beruht die Konstruktion der offenen Handelsgesellschaft als eines Gesellschaftsvertrages verbunden mit der mutua praepositio der Gesellschafter darauf, daß man eine Rechtsfolge der praepositio, die Vollmacht, von der praepositio absondert, und mit dem der praepositio ganz fremden Gesellschaftsvertrag verbindet. Das bezeichnende für diese Art der Konstruktion ist eben, daß eine bestimmte Tatsache oder eine bestimmte Rechtswirkung, die sich nur im Zusammenhange eines ganzen Rechtsverhältnisses findet, abgesondert ins Auge gefaßt und als Baustein für ein anderes Rechtsverhältnis verwendet wird.

Nach dieser Methode wird von den deutschen Rechtshistorikern der „allgemeine Teil“ des ganzen Privatrechtssystems und des Rechts der Forderungen aufgebaut. Es liegt hier bereits das bewußte Bestreben zugrunde, gewisse Tatsachen und Rechtswirkungen, die sich bei den verschiedensten Rechtsverhältnissen wiederholen, konstruktiv zu verwerten. Darauf beruht die Lehre von den Bedingungen, Befristung, Irrtum, Zwang und Betrug, Stellvertretung, Wahlschulden, Verträgen zugunsten Dritter, von der Mehrheit der Gläubiger und Schuldner, von der Zahlung und so manches andere. Damit wurde wieder eine Verallgemeinerung verbunden. Eine Vorschrift, die sich in den Quellen über eines dieser Elemente im Zusammenhang mit einem bestimmten Rechtsverhältnis vorfand, wurde auf das Element selbst bezogen, in welchem Rechtsverhältnis immer es vorkommen möge. Typisch dafür ist wie die gemeinrechtliche Jurisprudenz die Lehre von der rückwirkenden Kraft der Bedingung behandelte.

Eine Reihe von Quellenentscheidungen, die ausschließlich einzelne Rechtsverhältnisse, bei denen eine Bedingung vorkam, wohl auch nur einen einzelnen solchen Rechtsfall betrafen, sollte nun ganz unterschiedslos für jede Bedingung gelten, sie mag in einem Testamente, einem Ehevertrage, einer Schenkung, einem Kauf oder einer Pfandbestellung enthalten sein. Noch sonderbarer wurde mit dem Irrtum beim Rechtsgeschäfte verfahren; sehr hübsche Proben dieser Art weist auch die Stellvertretung, die Lehre vom Rechtsschutz auf.

Die Systematik war noch wichtiger als die Begriffsmathematik für die Ansicht von der Geschlossenheit des Systems. Ein System ist allerdings nur eine Gliederung des Vorhandenen, es erzeugt aber doch immer auch eine Vorstellung vom Ganzen. Bald wurde daher das Rechtssystem so behandelt, als ob es nicht bloß den gerade vorliegenden Rechtsstoff, sondern das ganze Recht umfaßte; die Begriffe, die jetzt nicht mehr einzelne Rechtsverhältnisse, sondern ganze Arten von Rechtsverhältnissen zum Inhalt hatten, wurden so weit, daß sie wie logische Kategorien aussahen, in die die ganze juristische Erscheinungswelt hineinging. Fiel etwas nicht unter den Begriff eines bestimmten Vertrages, dann war es ein Vertrag schlechthin, war es kein Vertrag, dann war es ein Rechtsgeschäft, und war es auch ein Rechtsgeschäft nicht, dann war es doch wenigstens eine juristische Tatsache. Ein Privatrecht war sicherlich entweder ein Familienrecht oder ein dingliches, oder ein Forderungsrecht. Mit wieviel Kunst wurde geforscht, ob die Bannrechte und die Reallasten das eine oder das andere wären, als ob sie nicht ein Drittes sein könnten. Das Urheberrecht und das Namenrecht schien wohl jeder dieser Einteilungen zu spotten, und so wurde das Namenrecht zum Persönlichkeitsrecht, und aus den dinglichen Rechten wurden absolute Rechte, die auch das Urheberrecht umfingen. Die Hauptsache war, daß sich im Rechtssystem für alles ein Platz fand und an diesem Platze auch Entscheidungsnormen zu finden waren. Das gemeine Recht war ohnehin unübersehbar normenreich; aber durch dieses Verfahren, das jede für ein Rechtsverhältnis oder für einen Rechtsfall gegebene Entscheidungsnorm auf alle verwandten und nicht verwandten Arten von Rechtsverhältnissen erstreckte, haben sich die Normen vertausendfacht. Gegen diese Normenfindung war hauptsächlich Schloßmanns Lebenswerk gerichtet.

Diese Behandlung des Rechts gab offenbar unter der Marke einer Systematik keine Systematik mehr, sie wollte nicht mehr den Stoff der Quellen in einer ihm angemessenen Ordnung, sondern statt dessen einen ganz neuen Inhalt darstellen. Es ist doch gewiß nicht dasselbe, ob eine Norm, die einen Irrtumsfall beim Kaufe entscheidet, nur auf den Kauf beschränkt oder auf jeden Vertrag oder gar auf jedes Rechtsgeschäft erweitert wird. Dabei waren es nicht

etwa Analogieschlüsse, um die es sich handelte. Jede Analogie muß durch die Ähnlichkeit der Rechtslage erst gerechtfertigt werden. Hier ging man aber so vor, als seien alle diese Entscheidungsnormen bereits im Corpus iuris grundsätzlich vorgeschrieben und die einzelnen Entscheidungen der Quellen nur Anwendungen eines auf alle zusammengefaßten Rechtsverhältnisse passenden Grundsatzes. Das war gewiß ein Gewinn an Normen, zum großen Teile jedoch ein sehr bedenklicher Gewinn, denn schließlich kommt es auch darauf etwas an, wie die Normen sind. Die Entscheidung, die für einen einzelnen Fall ganz gut ist, wird oft schon dem Rechtsverhältnis ganz allgemein wenig entsprechen. Eine Entscheidungsnorm zu finden, die überall gleichermaßen am Platze wäre, im Familienrecht, Sachenrecht, Forderungsrecht und Erbrecht, wird in den meisten Fällen gar nicht möglich sein. So enthält in der Tat die Lehre von den Bedingungen, von der Gläubiger- und Schuldnermehrheit, von dem Zusammentreffen der Ansprüche mehr Streitfragen als Rechtssätze. Mit dem Versicherungsvertrage und mit der Schuldübernahme weiß jeder Jurist etwas anzufangen; was soll das aber heißen, wenn ihm diese beiden Verträge, die nichts miteinander zu tun haben, als Verträge zugunsten Dritter vorgesetzt werden? Infolgedessen besteht auch die deutsche gemeinrechtliche Jurisprudenz des XIX. Jahrhunderts aus zwei sehr verschiedenen Stoffkreisen. Das Personen-, Sachen-, Vertrags-, Familienrecht befaßt sich mit lebensvollen Gebilden; der allgemeine Teil des Systems und der allgemeine Teil des Forderungsrechts ist der Tummelplatz blutleerer Abstraktionen, die kaum mit der großen Zehe noch den Erdboden berühren. In der Systematik der historischen Schule feiert die große Antinomie der Jurisprudenz, die fortwährend Denkformen in Normen verwandelt, ihren letzten, verhängnisvollsten Triumph.

Der Wert der Systematik darf deswegen nicht unterschätzt werden. Sie kann aber nur die Dienste leisten, für die sie da ist. Die Systematik ist keine Jurisprudenz und hat daher nicht die Aufgabe, das Recht für die Bedürfnisse der Rechtsprechung bereitzustellen. Mißbraucht man sie dafür, wie es die gemeinrechtliche Jurisprudenz getan hat, so ist das tatsächlich eine Konstruktion, aber eine Konstruktion nach ganz anderen Gesichtspunkten als den juristischen vorgenommen, eine Konstruktion, bei der der wirtschaftliche und gesellschaftliche Zusammenhang, in dem die Rechtseinrichtungen stehen, höchstens noch ganz zufällig zum Ausdrucke gelangen kann. Zweifellos kommt ein großer Teil der juristischen Scholastik auf das Kerbholz der gemeinrechtlichen systematischen Konstruktionen.

Ein wichtiger Unterschied zwischen den meisten und bedeutendsten Anhängern der historischen Schule und den Juristen anderer Richtung

ist allerdings nicht zu übersehen. Kein Jurist war nämlich gleichgültiger als sie dafür, ob die Ergebnisse ihrer Konstruktionen oder der systematischen Normenfindung ihrem Gerechtigkeitsgefühl entsprechen. Das lag zum Teil an ihrer Auffassung der Aufgaben der Jurisprudenz. Da sie vor allem die Absicht des Urhebers des Rechtssatzes zu erforschen hatten, so konnten sie die Verantwortung für die Entscheidung persönlich ablehnen. Wichtiger aber dürfte es gewesen sein, daß die Juristen, die in der historischen Schule zum großen Ansehen gelangten, wie das im Wesen dieser doch ganz überwiegend wissenschaftlichen Richtung begründet ist, meistens weit mehr Gelehrte als Männer des praktischen Lebens waren. Ein Anatomieprofessor pflegte einen Studierenden, der bei den Sezierübungen an der Leiche einen Fehlschnitt durch einen richtig geführten Schnitt „verbessern" wollte, zu fragen, ob er bei einer Operation am Krankenbett seine Fehlschnitte auch „verbessern" werde. Es ist eben nicht ganz gleichgültig, ob man in corpore vili oder am lebendigen Fleische seine Hand oder seinen Scharfsinn übt.

Jetzt ist es erst möglich, das Werk der gemeinrechtlichen Jurisprudenz zu übersehen. Daß das gemeine Recht nicht das römische, auch nicht das justinianische ist, diese billige Wahrheit ist freilich schon seit langer Zeit keinem Denkenden entgangen. Wenn man aus dem Manuel von Girard alles ausscheidet, was sich auf das vorjustinianische Recht bezieht, so wird doch kein Pandektenlehrbuch daraus. Die Lehrbücher von Puchta oder Arndts, die die nachrömischen Rechtsbildungen meist unberücksichtigt lassen, sind, trotzdem sich ihre Darstellung auf den römischen Rechtsstoff beschränkt, etwas anderes als dogmatische Darstellungen des justinianischen Rechts. Eine andere Frage ist, worin diese Unterschiede bestehen. So viel ich sehe, in der Begriffsbildung, in den Konstruktionen und in der Systematik.

Es ist zweifellos, daß die Pandektisten der historischen Schule ganz ehrlich überzeugt waren, die Rechtsbegriffe nach justinianischem Recht zu bestimmen. Aber sie haben es in Wahrheit nicht getan. Jeder Begriff mußte im vorhinein so gefaßt werden, daß er nicht bloß die römischen Erscheinungen decke, sondern auch die modernen. Die Begriffsbestimmung des Eigentums paßte immerhin für den fundus optumus maxumus, von dem noch die römischen Juristen des Freistaats handelten, aber er mußte nicht bloß dieses, sondern auch das Eigentum des Lehnsherrn und des Aktienbesitzers begreifen: selbst wenn es Labeo und Sabinus mit denselben Worten gesagt hätten, dieselben Worte hätten bei Labeo und Sabinus etwas anderes bedeutet, als bei Vangerow und Windscheid. Bei konkreteren Begriffen, zumal des Pfandrechts oder des Obligationenrechts (etwa Delegation!), springt das geradezu in die Augen. Die Pandektisten der historischen

Schule waren zweifellos bemüht, jeden Rechtssatz so wiederzugeben, wie er nach justinianischem Rechte gelten sollte. Aber indem sie ihn wiedergaben, haben sie ihn auch schon konstruiert: jedes Wort war nicht auf die römischen Verhältnisse bezogen, sondern auf die modernen, deutschen, zurechtgeschnitten. In allen diesen Beziehungen waren sie eben Kinder ihrer Zeit, und, was vielleicht noch wichtiger ist, Erben der Praktiker seit dem XI. bis zum XVIII. Jahrhundert. Daß ihre Systematik nicht die römische war, darauf wäre es nicht angekommen: jeder Rechtshistoriker schafft sich für seine Darstellung ein System, das nach seiner Überzeugung dem darzustellenden Stoff am besten entspricht. Aber ihr System war eben nicht das einer historischen Schilderung des justinianischen Rechts, sondern ein allerdings recht unbeholfenes, schematisches und unvollständiges Bild der rechtlichen Gliederung einer modernen Gesellschaft. Dabei gelangen sie durch diese Systematik zu einer den Römern ganz fremden Dogmatik, und das ist um so wichtiger, als viele, so Savigny, Puchta, Unger, in der dogmatischen Fruchtbarkeit des Systems hauptsächlich den Wert der Rechtswissenschaft erblicken.

Die gemeinrechtliche Jurisprudenz ist gewesen, das bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich hat sie auch aus ihrer letzten Zufluchtsstätte vertrieben und keine Macht der Welt wird ihr die entschwundene Herrlichkeit wiederbringen können. Was sie in mehr als zweitausendjähriger Arbeit an Wertvollem geleistet hat, das wird die soziologische Rechtswissenschaft der Zukunft zu retten haben, doch diese wird keine Jurisprudenz mehr sein. Aber bleiben wird die ewige Aufgabe einer jeden Jurisprudenz, das Recht den wechselnden und immer neuen Bedürfnissen des Lebens dienstbar zu machen: kein Gesetzbuch wird sie totschlagen können. Für diese Aufgabe wird es immer eine Jurisprudenz geben müssen, wenn auch eine andere, mit anderen Mitteln und mit anderen Zielen. Daß sie anders wird sein müssen als die heutige, ist aber selbstverständlich, denn jede Zeit hat nicht nur ihre eigene Kunst, ihre eigene Wissenschaft, Religion und Philosophie, sondern auch ihre eigene Jurisprudenz. Auch die römischen Juristen gaben anderes in jedem Jahrhundert, Justinian etwas anderes als die Klassiker, und die Romanisten des Mittelalters und der Neuzeit gaben nicht das römische Recht Justinians.

So wird auch die praktische Jurisprudenz der Zukunft organisch an das Überlieferte anknüpfend, es für die neuen Bedürfnisse verarbeiten müssen. Die wissenschaftliche Grundlage wird ihr allerdings die soziologische Rechtswissenschaft liefern, aber diese kann doch nur in einem Boden Wurzeln schlagen, den bereits die gemeinrechtliche Jurisprudenz durchfurcht und durchackert hatte. Es wird sich das wiederholen, was überall geschehen ist, wo Wissenschaften

aus praktischer Betätigung hervorgingen: der Medizin sind alle Entlehnungen von den Naturwissenschaften mit Wucherzinsen zurückerstattet worden. Den lächerlichen Mummenschanz der abstrakten Begriffsbildung und Konstruktion wird die künftige Jurisprudenz wohl für immer ablegen: aber diese waren doch seit jeher nur dazu da, um einen notwendigen gesellschaftlichen Vorgang den Augen Unberufener zu entziehen. Freie Rechtsfindung ist nicht, wie man geglaubt hatte, eine Rechtsfindung, die frei ist vom Gesetze, sondern eine Rechtsfindung, die frei ist von zweckloser und überflüssiger Einschnürung in Abstraktion und Konstruktion.

Es ist in den letzten Jahren über die „Pandektologie“ manch bitteres Wort gefallen, und obwohl es nicht durch mich geschehen ist, will ich es durchaus nicht verleugnen, denn ich weiß, daß ich ein gutes Stück Verantwortung dafür trage. In der Hitze des Kampfes war das gerechtfertigt und wohl auch notwendig. Umsomehr fühle ich die Pflicht, auf all das Große, was die Pandektologie geleistet hatte, hinzuweisen. Insbesondere Bernhard Windscheid will ich ein treues Andenken bewahren. Ich habe ihn in meiner Jugend mit Begeisterung studiert, und wenn ich und die mit mir streben, über ihn hinausgewachsen sind, so verdanken wir es dem vor allem, was er uns gelehrt hat; das übrige tat die Zeit. Bald wird der letzte unter den deutschen Juristen die Augen für immer geschlossen haben, die noch ein lebendiges gemeines Recht gesehen, der letzte Mund verstummt sein, der noch ein lebendiges gemeines Recht gelehrt hatte. Sie mögen dafür sorgen, daß von dem Wertvollen, das in zweitausendjähriger Arbeit geschaffen worden, so viel als möglich, von Spreu gesondert, dem kommenden Geschlechte überliefert werde: was sie nicht bewahren, wird vielleicht für immer verloren sein. Aber die drei Bände von Windscheids Pandektenwerk werden verbleiben, als Bindeglied zwischen einer großen Vergangenheit und einer unbekannten Zukunft. Und so wird man auch Kipp Dank dafür wissen, daß er den Schatz mit unermüdlichen Fleiße, seines großen Urhebers würdig, auf der Höhe der Zeit erhält.

XV.

Das Werk der Jurisprudenz.

Die historische Rolle der Jurisprudenz ist unabhängig davon, worin man jeweils ihre Aufgabe erblickt hat, wie auch sonst unsere Vorstellungen über den Sinn unseres Handelns keinen Aufschluß geben, über dessen wahre Bedeutung. Die Jurisprudenz war nie das, wofür sie heute gewöhnlich gehalten wird, eine Darstellung dessen, was bereits als Recht überliefert ist, oder eine Anweisung, wie man auf Grund der als Recht überlieferten Regeln vorgehen solle. Wenn eine juristische Literatur sich, wie die englischen Textbooks, zum Teile auch unsere Lehrbücher, keine weitern Ziele steckt, so ist sie eben keine Jurisprudenz, und kein Recht könnte ohne eine darüber hinausgehende geistige Arbeit der Juristen auskommen. Eine schöpferische Jurisprudenz muß immer vorhanden sein. Um ihr Werk allseitig würdigen können, ist es jedoch notwendig, die drei in ihr enthaltenen Elemente, das anwaltschaftliche, rechtsgeschäftliche und richterliche zunächst getrennt ins Auge zu fassen.

Beginnen wir mit der anwaltschaftlichen Jurisprudenz. Die Formen des Rechtsganges sind gewissermaßen die Waffen, die die Gesellschaft, oder in ihrem Namen der Staat, den kämpfenden Interessen zur Verfügung stellt. Die Mittel, die die Gesellschaft für diesen Zweck übrig hat, sind beschränkt, denn allen bestrittenen oder angefochtenen Interessen könnte sie unmöglich in dieser Weise helfen, sie muß eine Auswahl der wichtigsten und der würdigsten treffen. Aber es vermöchte auch keine Gesellschaft im vorhinein ein für allemal zu sagen, welche Interessen sie schützen will: denn in jeder sich entwickelnden, fortschreitenden Gesellschaft gewinnen immer neue Interessen Gewicht und die bereits anerkannten sind immer neuen Arten der Angriffe ausgesetzt. Ob die Gesellschaft ein Interesse schützen kann oder will, darüber entscheiden die Gerichte. Die Aufgabe des Anwalts ist, das Gericht zu überzeugen, daß die Gesellschaft für das von ihm vertretene Interesse einen Schutz bereit hat: das ist die Kunst der Klagebegründung; ferner dem Gericht zu zeigen, daß ein schutzwürdiges Interesse vorliegt: das ist die Kunst der Beweisführung. Hat der Anwalt das Gericht auf seine Seite gebracht, dann hat er für ein

Interesse Schutz erlangt, der ihm bisher versagt war, oder er hat dafür den Schutz gegen einen Angriff erreicht, dem es bisher preisgegeben war; das ist zweifellos ein Fortschritt des Rechts, den er durch seine eigene Tat veranlaßt hat.

Der erfinderische Geist der Anwälte hat es durch geschickte Klagebegründungen bewirkt, daß der Prozeß, der ursprünglich nur dazu diente, die Fehde hintanzuhalten oder zu mildern und zu regeln, in der Folge auch für erlittene Unbill Sühne gewährt und schließlich zu einem allgemeinen Mittel wird, das Recht ohne Fehde durchzusetzen. In seiner Schrift: Les preuves judiciaires en droit franc, die überhaupt in die Natur des ältesten Prozesses die tiefsten Einblicke gewährt, hat Declareil gezeigt, daß auch das Beweisrecht auf die Parteientätigkeit zurückgeht: nicht dadurch entsteht es, daß die Gerichte den Parteien die Beweise vorschreiben, sondern dadurch, daß die Parteien fortwährend neue Mittel finden, um das Gericht für ihre Sache zu gewinnen. Die Formen der Rechtsverfolgung, des Beweises, der Zwangsvollstreckung sind zu jeder Zeit gegeben durch die hergebrachte Organisation der Gerichte, durch den Umfang und die Art ihrer Machtmittel, durch die Gestalt des Rechtsgangs: der Beruf des Anwalts ist es aber, sie immer wieder für neue Zwecke zurechtzulegen. Der Anwalt, der zuerst wegen der abgeschnittenen Weinstöcke mit der actio de arboribus succisis klagte, hätte dadurch, abgesehen von dem von Gaius vermerkten Formfehler, dem Interesse an den Weinstöcken denselben Schutz verschafft, der dem Interesse an den Bäumen zukam; von ähnlicher Art ist aber das Verdienst des deutschen Anwalts, der nach Hedemanns Mitteilung auf Unterlassung der üblen Nachrede über eine Frau geklagt, und des andern, der das bekannte Freskenurteil des Reichsgerichts hervorgerufen hat. Das gilt selbstverständlich auch, wenn der Anwalt die Verteidigungsmittel des Geklagten ausweitet, oder im Strafprozesse neue Formen des Angriffs oder der Abwehr ersinnt.

Die rechtsgeschäftliche Jurisprudenz bedient sich vor allem der Urkunde, obwohl sie selbstverständlich auch am mündlichen Geschäfte ihren Anteil hat. Die Urkunde, wie das Rechtsgeschäft überhaupt, ist nicht ausschließlich für den Prozeß da: vor allem soll sie dem Rechtsverhältnis seine Ordnung geben. Der Verfasser der Urkunde hat das Verhältnis, das die Parteien begründen wollen, zu gestalten, er hat die juristischen Mittel zu finden, durch die ihre Zwecke erreicht werden, er hat ihre Rechte und Pflichten in die richtigen Worte zu kleiden. Die Ordnung, die dergestalt auf die Urkunde zurückgeht, ist aber wieder ein Werk der schöpferischen Jurisprudenz. Was den Parteien dunkel vorschwebte, erhält durch den Juristen eine feste, bestimmte, greifbare Form, ohne die es nicht bestehen könnte: jeder

weiß jetzt, was er zu tun und zu lassen hat. Daß es die Kautelarjuristen waren, die die Kommenda, die Wirtschaftsgenossenschaft oder das Anerbenrecht der deutsch-österreichischen Bauernschaft geschaffen haben, ist ohnehin klar. Aber es kann darauf gar nicht ankommen, ob das Rechtsverhältnis als Ganzes etwas Neues ist: schon das Einfügen einer Klausel in ein bekanntes Vertragsformular kann eine schöpferische Tat sein.

Aber selbstverständlich könnte sich die rechtsgeschäftliche Jurisprudenz damit nicht begnügen, bloß zu gestalten, sie muß ihr Werk auch gegen Anfechtung und Verletzung sichern. Es handelt sich dabei keineswegs ausschließlich, nicht einmal überwiegend, um den Gerichtsweg. Man mag die uns von Cato überlieferten Vorlagen auf klagbare oder (bis auf eine) auf unklagbare Geschäfte beziehen, gewiß ist es, daß ihnen iuramentum, satisdatio, pignus wichtiger ist als Klage und Einrede. Gerade an der Ausbildung, wenn nicht an der Erfindung der außergerichtlichen Sicherungen, hatte die geschäftliche Jurisprudenz einen hervorragenden Anteil: angefangen mit der römischen Fiducia und der deutschen stadtrechtlichen Satzung bis zum modernen Vinkulationsgeschäft. Je unzulänglicher die Rechtspflege ist, um so mehr wird getrachtet, das Geschäft so zu ordnen, daß man ohne Gericht auskommen könne; aus den Schilderungen des Handels im Oriente entnehmen wir, welch weite Umwege oft zu diesem Zwecke eingeschlagen werden. Immerhin bleibt es die vornehmste Aufgabe der geschäftlichen Jurisprudenz, das Verhältnis so zu fassen, daß es sich auch auf dem Rechtswege durchsetze; und nicht nur auf die Klagbarkeit überhaupt kommt es dabei an, sondern auf einen glatten, wohlfeilen, raschen Prozeß. So weit sind also die Ziele der geschäftlichen Jurisprudenz von denen der anwaltschaftlichen nicht wesentlich verschieden: es sollen die vorhandenen Mittel verwertet werden, um die in Frage kommenden Interessen so gut als möglich wahrzunehmen. Sie leistet daher auch nach dieser Richtung, ebenso wie die anwaltschaftliche, schöpferische Arbeit: denn Interessen, die vorhin gar nicht oder nur mangelhaft geschützt waren, erhalten durch sie überhaupt oder wenigstens wirksamen Rechtsschutz. Und häufig genug ist es ein Rechtsschutz, den das gesetzte Recht dem Verhältnis verweigern wollte. Die Verpfändung in der Form eines Kaufs mit Wiederkauf, das verbotene Zinsdarlehen als Kommenda, unklagbare Verbindlichkeiten durch Strafgedinge oder Wechsel gedeckt, sind ebensoviele Triumphe der geschäftlichen Jurisprudenz über eine rückständige oder zurückgebliebene Rechtspflege.

Die Arbeit des Rechtsanwalts und Kautelarjuristen ist also eine technische. Sie müssen sich zunächst durch eigene Anschauung über die ihnen anvertrauten Interessen klar werden, um sie sodann für die

Gerichte faßbar und (durch die Beweise) wahrnehmbar zu machen. Die Unvollkommenheiten der menschlichen Natur, beschränkte Mittel und beschränktes Erkennen, die den Gerichten wie jedem andern menschlichen Gebilde anhaften, machen eine solche Technik unentbehrlich: sie wäre überflüssig, wenn die Gerichte allmächtig und allwissend wären, gerade so wie wir uns das Fernrohr und das Vergrößerungsglas ersparen könnten, wäre unser Auge um so viel leistungsfähiger. Daher setzt jede Verbesserung der Werkzeuge, der Gerichtsverfassung und des Rechtsgangs, wie sie etwa in Rom und in England im Übergang vom Legisaktionen- zum Formularprozeß, und auf dem Festlande vom mittelbaren zum unmittelbaren Prozeß, wie sie in der Annahme der freien Beweiswürdigung an Stelle der gebundenen gelegen war, immer eine übersehbare Menge juristischer Technik außer Gebrauch.

Anwalt und Kautelarjurist erreichen nur dann ihren Zweck, wenn der Richter auf ihre Absichten eingeht. Ihre Mühe war vergeblich, wenn nicht der Richter das Rechtsmittel für geeignet, den Beweis als zulässig und erbracht, und vor allem das schutzbedürftige Interesse als schutzwürdig anerkennt. Die richterliche Entscheidung ist daher sowohl eine Entscheidung über die Lösung der technischen Frage: ob die Gesellschaft dem geltend gemachten Interesse einen Schutz überhaupt bieten kann oder will, und ob es dem Gerichte bewiesen worden ist; als auch eine selbständige Entscheidung über die Schutzwürdigkeit des Interesses. Und wenn es richtig ist, daß der Anwalt und Kautelarjurist sich unmöglich darauf beschränken können, für die bereits durch die Gerichte anerkannten Interessen einzutreten, daß sie immer bereit sein müssen, neu aufkommende Interessen zur Geltung zu bringen, so ergibt sich daraus, daß sie immer aufs neue die technische Frage und die Frage der Würdigkeit aufwerfen, und damit auch den Richter immer wieder vor eine neue Aufgabe stellen.

Die Entscheidungsnorm des Richters ist also das Ergebnis eines ungemein zusammengesetzten Verfahrens. Das Lebensverhältnis, in dem die Interessen zusammengestoßen sind, mußte vom Anwalt oder Kautelarjuristen wahrgenommen, in eine für den Rechtsschutz geeignete Form gebracht, und dem Richter, soweit seine eigene Kenntnis nicht hinreicht, durch Zeugen, Sachverständige, Urkunden (in der Vergangenheit wohl auch durch Orakelsprüche, Gottesurteil, Loos) bewiesen werden, daran schließt sich erst die richterliche Interessenabwägung an, die Prüfung der Schutzwürdigkeit, die zur Verallgemeinerung, Vereinheitlichung, Normenfindung führt. Dabei ist es selbstverständlich grundsätzlich von geringer Bedeutung, ob die Interessenabwägung ganz selbständig oder im Anschluß an bereits vorhandene Normen geschieht.

Der Anteil des Anwalts, des Kautelarjuristen und des Richters wurde hier, um des besseren Einblicks in das Wesen des ganzen Vorgangs willen, getrennt betrachtet: aber schließlich muß alles, was Anwalt, Kautelarjurist und Richter zur Entscheidungsnorm beigetragen haben, in der Entscheidungsnorm selbst zu einer Einheit verschmelzen. In der Tat übernimmt der Richter oft genug selbst, mangels eines Anwalts oder Kautelarjuristen, die technische Aufgabe; und er löst sie auch oft genug ganz anders als sie diese gelöst haben. Ebenso wie in die Entscheidungsnorm müssen aber alle diese Elemente auch in den Rechtssatz, der eine Entscheidungsnorm enthält, eingehen, denn dieser ist doch nur eine entwickelte Form der Entscheidungsnorm. In den Rechtssätzen des richterlichen Rechts, wie sie uns in den Urteilsgründen entgegentreten, findet sich auch wirklich das alles nebeneinander: Wahrnehmung, Formgebung, Beweis und Interessenabwägung durch Verallgemeinerung, Vereinheitlichung, Normenfindung. Aber in den Rechtssätzen, die von der juristischen Literatur oder Gesetzgebung dargeboten werden, sind die Elemente in der Regel bereits ineinander verflossen und oft schwer zu unterscheiden. Die Zusammensetzung des Rechtssatzes tritt in der Regel historisch erst zutage, wenn er bis zu seinem Ursprung zurück verfolgt wird. Das soll nun in der folgenden Ausführung versucht werden.

Als die vier Männer per tres mallos den Salischen Franken ihr Recht verkündeten, waren sie wahrscheinlich ganz aufrichtig überzeugt, nichts wesentliches übersehen zu haben. Heute muß sich jeder junge Jurist, der seine Prüfung vorbereitet, zu seinem Leidwesen überzeugen, wie sehr sie sich getäuscht haben, wie viel mehr man vom Recht der Salischen Franken wissen muß, um auch nur die Prüfung zu bestehen, wie gering der Bruchteil war, der davon in die lex hineingekommen ist.

Die lex Salica bestimmt für jede Tötung ein nach dem Stande des Getöteten abgestuftes Wehrgeld. Das sind nur wenige, anscheinend leicht verständliche Sätze, aber in ihrem Hintergrunde steht die ganze ständische Gliederung und sonstige Verfassung der fränkischen Gesellschaft. Wer darf das Wehrgeld verlangen, wer ist, außer dem Schuldigen, verpflichtet, es zu bezahlen, wie bezahlt man, was geschieht, wenn es nicht bezahlt wird? Solche Fragen, die sich an die Bestimmungen über das Wehrgeld knüpfen, gehen ins Unendliche. Der Richter muß dafür auf Grund der Beweise und der eigenen Wahrnehmung weitere Entscheidungsnormen gewinnen, und der Spruch entscheidet auf Grund dieser Normen, ob die Kläger auf das Wehrgeld Anspruch haben, ob die Geklagten dafür haften, ob es nicht bereits rechtsgültig bezahlt ist. Von alledem ist aber in der lex Salica keine Rede, offenbar deswegen, weil diese Entscheidungsnormen ihren Ver-

fassern noch nicht zum Bewußtsein gekommen sind, noch nicht, wie die Bestimmungen über das Wehrgeld selbst, durch die Jurisprudenz der salischen Franken hindurchgegangen sind.

Ein Rechtssatz über die vom Dieb dem Bestohlenen zu zahlende Buße setzt bereits ein ziemlich festgefügtes Eigentum an beweglichen Sachen voraus; es muß daher auch Regeln gegeben haben über Erwerb, Verlust und Verwirkung des Eigentums, eine Vorstellung darüber, wie sich der rechtmäßige Erwerber vom Dieb oder Räuber unterscheide. Die Bestimmungen über die Buße, die im Falle des Frauenraubes der Entführer ihrem Vater oder ihren Verwandten zu zahlen hat, hängen offenbar mit einer bestimmten Gestaltung der Familie zusammen, bei der die Frau unter der Gewalt ihrer männlichen Angehörigen steht, denen auch das Recht, sie zu verheiraten, zukommt. Alle die bereits zu Rechtssätzen ausgestalteten Entscheidungsnormen, über Wehrgeld, Diebstahl, Frauenraub, erhalten also das letzte Stück ihres Inhalts durch Entscheidungsnormen, die sich auf die innere Ordnung der Sippe, des Eigentums, der Familie beziehen und die noch in keinem Rechtssatze Ausdruck gefunden haben.

So beginnt das Werk der Jurisprudenz. Sie befaßt sich zunächst nur mit einer Reihe von Entscheidungsnormen, die unmittelbar den Richtersprüchen zugrunde gelegt werden können. Diese Normen knüpfen allerdings an andere Entscheidungsnormen an, die durch die innere Ordnung der Lebensverhältnisse gegeben sind: aber diese sind der Jurisprudenz noch unbekannt, sie liegen außerhalb ihres Gesichtskreises, der Richter lernt sie nur unbewußt aus der Anschauung der Lebensverhältnisse. Je mehr sich aber die Jurisprudenz entwickelt, um so weiter reicht sie, um so tiefer dringt sie, um so mehr sucht sie nicht bloß die letzten Entscheidungsnormen, sondern auch die, die diese voraussetzen, und dann auch die weiter vorausgesetzten unmittelbar für den Gebrauch der Rechtspflege zurechtzulegen. Daher werden die Rechtssätze immer zahlreicher und verzweigter. Das alles geschieht teils durch Verallgemeinerung und Vereinheitlichung der innern Ordnung der Lebensverhältnisse, teils durch neues Normenfinden, im Sinne der die Gesellschaft beherrschenden Machtverhältnisse und der die Gemüter beherrschenden Gerechtigkeitsströmungen. So ist das römische Recht entstanden, so das englische Recht, so hat sich das gemeine Recht immer wieder verjüngt und so schreitet das Recht bis auf unsere Zeit fort.

Diese von den Juristen zu Rechtssätzen umgeformten Entscheidungsnormen unterscheiden sich schon äußerlich von denen, die die innere Ordnung der Verhältnisse und für die Menschen im allgemeinen die Regeln ihres Handelns bilden und die selbstverständlich ebenfalls in juristische Werke übergehen. Man erkennt sie an der feinen dialek-

tischen Fassung, an der formgerechten Abgrenzung von Recht und Unrecht; es ist wohl im vorhinein ausgeschlossen, daß sich die Menschen im Leben nach solchen artigen juristischen Spitzfindigkeiten richten könnten.

Im Sinne des heutigen juristischen Sprachgebrauchs könnte man sagen: jede Entwicklung der Jurisprudenz besteht in der Umwandlung einer Tatfrage in eine Rechtsfrage. Nur versteht man heute unter Tatfrage zwei Dinge, die einigermaßen verschieden sind. Einerseits ist es die innere Ordnung der Verhältnisse durch Übung, Satzung, Vertrag, Erbe, letzten Willen; andererseits ist „Tatfrage" die Verletzung dieser innern Ordnung, die zum Rechtsstreit oder Strafverfahren Anlaß gibt. Aber die Tatfrage im ersten Sinne ist ein Bestandteil der Tatfrage im zweiten Sinne. Um zu wissen, welchen Claudiern die Erbschaft des Freigelassenen gebühre, muß der Richter die Erbordnung der gens Claudia kennen, um zu entscheiden, ob der mütterliche Onkel des Erschlagenen das Wehrgeld fordern kann, muß er über die Familienordnung des Erschlagenen unterrichtet sein, um zu erkennen, ob der Vertrag gebrochen worden ist, muß der Inhalt des Vertrages festgestellt werden.

Die Tatfrage wird zur Rechtsfrage dadurch, daß sie dem juristischen Prozeß der Verallgemeinerung, Vereinheitlichung und freien Normenfindung unterworfen wird. So lange das nicht geschehen ist, gibt es keinen Gegensatz zwischen Tat- und Rechtsfragen. Der Jurist einer grauen Vergangenheit hatte mit lauter Tatfragen zu tun, da noch keine juristisch gefaßten Entscheidungsnormen vorhanden waren. Das Recht, das er zur Entscheidung der Fälle, die ihm vorkamen, brauchte, mußten ihm Herkommen, Zeugen und Urkunden liefern. Das waren lauter Tatfragen. Erst die Grundsätze, die sich aus den Entscheidungen über Tatfragen, erkannt und verallgemeinert, ergaben, waren die ersten Rechtssätze. Seither hat jeder Tag zu den vorhandenen neue hinzugefügt. So ist es auch in der Gegenwart. Wenn auch in den gerichtlichen Erkenntnissen stets irgend ein Paragraph angeführt wird, so ergeht doch tatsächlich die bei weitem überwiegende Mehrzahl gerichtlicher Erkenntnisse nicht über Rechtsfragen, sondern über Tatfragen. Aber in allen diesen Erkenntnissen über Tatfragen schlummern allgemeine Rechtsgrundsätze, die die praktische Jurisprudenz, in der Regel schon die Spruchsammlungen in ihren Überschriften, und selbst die bescheidenen Gesetzessammlungen in den Anmerkungen zutage fördern. Es bemächtigt sich ihrer sodann die juristische Literatur und die Lehre, und schließlich treten sie zur Masse des bisherigen Rechts und kommen in die Gesetzbücher.

Ein sehr anschauliches Bild dieses Verfahrens der Jurisprudenz in der jüngsten Zeit bietet die Entwicklung des Rechts des Konto-

korrentvertrages. Die praktischen Juristen, die mit kaufmännischen Angelegenheiten zu tun hatten, haben zuerst bemerkt, daß hier ein eigenartiger Vertrag vorliegt, für den es eigentlich keine allgemeinen Rechtssätze gibt. Es erflossen über diesen Vertrag einige gerichtliche Entscheidungen, und den Richtern, die sie zu fällen hatten, mußten über Wesen und Inhalt des Vertrages Auskunft geben teils ihre eigene Anschauung davon, teils kaufmännische Gutachten, Zeugen, Sachverständige. Es war damals noch alles Tatfrage. Die Entscheidungen erkannten über diese Tatfrage, also nur über die Gestaltung des Kontokorrentverhältnisses, der zur Entscheidung vorlag. Bald sah man aber ein, daß es eine in kaufmännischen Kreisen sehr verbreitete Vertragsform ist, die ebenso Anspruch auf Beachtung verdient, wie der Kauf und die Miete. Nun begann man das, was in den einzelnen Kontokorrentverträgen vorkam, zu verallgemeinern, und gelangte so zu einem allgemeinen Recht des Kontokorrentvertrages. Die Verallgemeinerung nahm in der Hauptsache die Literatur vor, insbesondere die Schrift von Grünhut und das von Riesser übersetzte Werk von Levy. Daran schlossen sich einzelne Abhandlungen, Lehr- und Handbücher, und schließlich wurden die Ergebnisse im neuen Handelsgesetzbuch zusammengefaßt. Wenn man nun den Kontokorrentvertrag als Vertrag auf gegenseitige Kreditgewährung oder auf Novation der einzelnen Forderungen auffaßte, so war das doch nichts als eine überflüssige und wenig glückliche Konstruktion, denn die Rechtssätze über Kreditgewährung und Novation wurden in Anwendung auf den Kontokorrentvertrag etwas ganz anderes, als sie ursprünglich waren. Der ganze Vorgang war aber der typische: Anschauung des Rechtsverhältnisses im Leben, einzelne Entscheidungen auf Grund dieser Anschauungen, Verallgemeinerung der Ergebnisse in der Literatur, überflüssige Konstruktion und schließlich Legalisierung im Gesetzbuch.

In derselben Weise ist geradezu vor unsern Augen das Recht des Dienstvertrages entstanden. Vor einem Jahrhundert war noch nichts davon vorhanden. Die locatio conductio des römischen Rechts war für unsere Verhältnisse ganz unbrauchbar, die modernen Gesetzbücher schwiegen darüber, der code civil enthielt zwei Artikel, von denen einer seither aufgehoben worden ist. Nur für einige wenige Arten, besonders den Dienstbotenvertrag, gab es in Deutschland — nicht in Frankreich — spärliche Rechtssätze. Wie entschied der Richter Streitigkeiten aus dem Dienstvertrage? Auf Grund des jeweiligen Vertragsinhalts, also des Zeugen- und Urkundenbeweises, der Verkehrssitte, über die er, wenn er sie selbst nicht kannte, wohl Auskunftspersonen vernahm, und ergänzte das alles, so gut er konnte nach Recht und Billigkeit. Und aus diesen Elementen entstand in

Frankreich eine feste Rechtsübung, die den Dienstvertrag ganz genau regelt, und in Deutschland wenigstens ein allgemeines Rechtsbewußtsein, das aber doch eine Reihe jetzt im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch zusammengefaßter Rechtssätze ergab.

Sehr scharf tritt das dort hervor, wo infolge prozessualer Einrichtungen „Tatfrage“ und „Rechtsfrage“ getrennt behandelt wird. So wie sie gewöhnlich aufgefaßt wird, ist die Trennung allerding sinnlos, denn es gibt im Prozeß keine Tatfrage, die nicht zugleich Rechtsfrage wäre. Auch die bloße Beweisfrage ist eine Rechtsfrage. Es handelt sich bei ihr nie bloß darum, ob Tatsachen feststehen, sondern immer auch darum, ob aus den Tatsachen ein Rechtsverhältnis hervorgeht und ob dieses Rechtsverhältnis durch das Verhalten eines der beiden Teile verletzt ist. Es gehört daher in das Gebiet der Tatfrage der Beweis nicht bloß des Daseins eines Vertrages, einer Satzung, eines Testaments, sondern der ganzen inneren Ordnung der Verhältnisse, aller Rechte und Pflichten, die sich geradezu aus dem Wortlaute der Satzung, des Vertrages, des Testaments ergeben, und wenn es auf eine Rechtswidrigkeit ankommt, ob ein Eingriff in ein fremdes Recht vorliegt. Die Rechtsfrage wird dadurch ausschließlich zu einer Frage der Verallgemeinerung, Vereinheitlichung und Normenfindung. Es mag abgesehen werden von der durch Wlassak zur Herrschaft gelangten Lehre von der Entstehung der formula in ius concepta aus der formula in factum bei den Römern, weil die Sache zwar nicht unwahrscheinlich, aber doch zu unsicher ist, und die römischen Juristen gewiß auch ohne die Vermittlung der formula in factum oft genug eine formula in ius concepta gebildet haben. Aber selbst wenn man von der Entwicklung absieht, stimmt die Trennung doch vollständig mit dem überein, was hier vorgetragen wird, denn zum factum gehört die ganze innere Ordnung des Verhältnisses, etwa Pflichten aus dem Patronat, dem Freigelassenenverhältnis, dem Vertrage, und die Verletzung dieser Pflichten, zum ius die Verallgemeinerung, Vereinheitlichung und Normenfindung. In der uns besser bekannten englischen Rechtsentwicklung fällt das alles mit geradezu plastischer Deutlichkeit in die Augen.

Die Engländer pflegen, wenn sie von den Vorteilen der Jury sprechen, unter anderm gewöhnlich auch das anzuführen, daß die Jury über einen Fall entscheiden könne, „without making a bad law“. Damit ist gemeint: hätte der Richter über die Frage zu entscheiden gehabt, über die die Jury entschied, so hätte die Entscheidung einen neuen Rechtssatz des richterlichen Rechts ergeben, möglicherweise einen schlechten, der Wahrspruch einer Jury führt nicht dazu. Das gewährt einen tiefen Einblick in die Entstehung eines jeden Juristenrechts, nicht nur des englischen. Angeblich entscheidet die

Jury über die Tatfrage, der Richter über die Rechtsfrage: wenn aber der Richter über dasselbe entschieden hätte, worüber die Jury entschied, so wäre daraus ein Rechtssatz geworden. Das zeigt wohl zur Genüge, welche Bewandtnis es mit der Unterscheidung zwischen Tatfrage und Rechtsfrage hat. Jedes Recht ist nur entstanden durch Verallgemeinerung dessen, was ursprünglich im einzelnen Falle Tatfrage war oder durch Normenfindung auf Grund dieser Verallgemeinerung; nur deswegen, weil eine solche Verallgemeinerung, wenn sie einen für die Zukunft verbindlichen Rechtssatz enthalten soll, nicht durch die Jury, sondern durch den Richter vorgenommen werden muß, entsteht durch die Entscheidung der Jury kein Recht. Das Erkenntnis aber, das der Richter auf Grund des Wahrspruchs der Jury fällt, wenn es nicht die bloße Anwendung eines bereits festgestellten Rechtssatzes auf den vorliegenden Fall ist, schafft nach angloamerikanischer Auffassung immer neues Recht; denn der Richter hat, abgesehen vom Falle der bloßen Rechtsanwendung, immer entweder eine neue Norm durch Verallgemeinerung der durch den Wahrspruch erwiesenen Tatsachen gewonnen, oder eine neue Norm auf Grund dieser Verallgemeinerung gefunden.

Mit großem Scharfsinn hat das der berühmte Richter des Supreme Court of the United States, O. W. Holmes Jr. für die Haftung für Verschulden ausgeführt. Die Jury entscheidet über die Tatsachen, das Gericht darüber, ob sich aus den erwiesenen Tatsachen ein zum Schadenersatze verpflichtendes Verschulden ergäbe. Bei der zweiten Frage handelt es sich aber um einen Maßstab: war das Vorgehen des Beklagten so, daß es den Forderungen der Vorsicht entspricht, die man im Leben an den Menschen stellt oder nicht? Wer soll darüber entscheiden, ob dieser Maßstab erreicht ist? Holmes meint, diese zweite Frage sei eine Rechtsfrage: „It is that the court derives the rule to be applied from daily experience, as it has been agreed that the great body of the law of tort has been derived“, „and in this way the law is gradually enriching itself from daily life as it should“. Ob also aus den von der Jury bestätigten Tatsachen sich ein Verschulden des Beklagten ergibt, beurteilt der Richter: und aus diesen Beurteilungen ist das ganze Schadenersatzrecht entstanden. Es gibt nun zweifellos Fälle, bei denen es vollständig klar ist, daß sie diesseits oder jenseits der Linie fallen. Dann erkennt auf Grund des Wahrspruches über die Tatsachen der Richter ganz selbständig über die Schadenersatzpflicht. Warum der Richter? Denn in diesen zweifellosen Fällen gibt es bereits eine feste Rechtsregel über den anzulegenden Maßstab. In andern Fällen ist das dagegen zweifelhaft: dann entscheidet die Jury nicht nur über die Tatsachen, sondern auch darüber, ob ein Verschulden vorhanden ist, denn der Richter

hat noch keine Rechtsregel über den Maßstab für das Verschulden. Sobald die Regel entstanden sein wird, gehört auch hier die Frage des Verschuldens vor den Richter. Mit andern Worten: Eine Tatfrage ist es, ob durch das Verhalten des Beklagten das Rechtsverhältnis in schuldbarer Weise verletzt ist, eine Rechtsfrage, ob dieses Verhalten an einem bereits feststehenden Maßstabe gemessen, zum Schadenersatze verpflichtet. Die Schwierigkeit im Schadenersatzrechte, meint Holmes, ist nur, daß gewisse Fälle des Verschuldens zu selten vorkommen, as to enable any given judge to profit by long experience with juries to lay down rules, and that the elements are so complex that courts are glad to leave the whole matter in a lump for the jurys determination.

Und in der Tat, in einem Falle ist es geradezu historisch nachweisbar, wie aus solchen Entscheidungen einzelner Fälle durch die Jury, gegründet nur auf die konkrete Natur des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses als Tatfrage, sich ein ganzes Rechtssystem entwickelt hat. Es ist das das englische Handelsrecht, das law merchant, als dessen Schöpfer die Engländer den Richter Lord Mansfield um die Mitte des XVIII. Jahrhunderts betrachten. Er wurde es, indem er eben die den einzelnen Entscheidungen zugrunde liegenden Feststellungen zu Rechtssätzen verallgemeinerte. Ich entnehme der Schrift Carters: A History of English Legal Institutions die Äußerung eines Richters Buller aus dem Jahre 1787 in einem damals entschiedenen Rechtfalle, wo die Entwicklung, fast durch einen Augenzeugen, sehr anschaulich dargestellt wird:

Before that period (i. e. about 1750) we find that in courts of law all the evidence in mercantile cases was thrown together; they were left generally to a jury (i. e. the rules were treated as matter of usage to be proved by evidence, without distinction of law and fact), and they produced no established principle. From that time we all know the great study has been, to find some certain general principles which shall be known to all mankind, not only to rule the particular case then under consideration, but to serve as a guide for the future. Most of us have heard these principles stated, reasoned upon, enlarged, and explained, till we have been lost in admiration at the strength and stretch of the human understanding.

Ohne die verarbeitende Tätigkeit der Juristen, ohne ihr Verallgemeinern und Vereinheitlichen, entsteht aus der innern Ordnung menschlicher Verbände kein allgemeiner Rechtssatz: die innere Ordnung bleibt als solche Rechtsnorm, insbesondere auch Entscheidungsnorm. Ein Beispiel, das in unsere Zeit reicht, bietet das Privatfürstenrecht. Es ist ein Verdienst v. Dungerns, bewiesen zu haben, daß dieses materiell nur daraus besteht, was die einzelnen fürstlichen Häuser in

den in ihre Autonomie fallenden Fragen als ihre innere Ordnung festgesetzt haben. Keine einzige dieser Festsetzungen hat die Bedeutung eines über die festsetzende Familie hinaus verbindlichen Rechtssatzes erlangt. An Versuchen, ein allgemeines Privatfürstenrecht zu bilden, haben es die Juristen allerdings seit Jahrhunderten nicht fehlen lassen, aber diese Juristen haben offenbar in den Kreisen des hohen Adels, auf die es hier ankommt, zu wenig Einfluß, um damit durchzudringen.

In den vielen Fällen, wo der Jurist seine Entscheidungsnormen aus der innern Ordnung der Verhältnisse schöpfen soll, muß ihm die unmittelbare Anschauung des Lebens das erforderliche Material bieten. Woher wußte der Römer, daß bei der Manusehe das ganze Vermögen der Frau auf den Gatten übergeht, bei der freien Ehe Eigentum der Frau bleibt? Er wußte es, weil er die Organisation der römischen Familie kannte. Woher wußte Thöl, als er die zweite Auflage seines Handelsrechts schrieb, daß der „rechtmäßige Gebrauch der Firma" an sich jedem Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft zustehe, „so daß jeder durch denselben die übrigen Compagnons verpflichte"? Er wußte es, weil er die Organisation des Handels kannte. In ursprünglichen, sehr einfachen, durchsichtigen Verhältnissen genügt schon die unbewußte geistige Verarbeitung dessen, was der Tag zuträgt, um einem Juristen von einigem Wirklichkeitssinn den erforderlichen Einblick in das ihn umgebende Getriebe zu gewähren; bei den mannigfaltigen, sehr verwickelten und teilweise verworrenen Zuständen unserer Zeit gehört oft langes, eingehendes Forschen dazu; aber immer handelt es sich um bloßes Erkennen dessen, was ist, nicht um ein autoritatives Normieren.

Schon aus dieser Darstellung ergibt es sich, daß es ein verhängnisvoller Irrtum ist, wenn gewöhnlich gelehrt wird, die Jurisprudenz habe Tatbestände feststehenden Rechtsbegriffen unterzuordnen. Die innere Ordnung der menschlichen Verhältnisse, die sich aus der hergebrachten Familien-, Körperschafts- oder Genossenschaftsverfassung, aus dem herkömmlichen Verhältnis zwischen den Hörigen und ihrem Herrn, aus dem Inhalte der Verträge, der Satzungen und Testamente, aus der Verkehrssitte ergibt; diese innere Ordnung, aus der das richterliche Urteil die ganz überwiegende Mehrzahl seiner Entscheidungsnormen ableitet, die die Jurisprudenz verallgemeinert, den juristischen Begriffen unterordnet oder mit deren Hilfe konstruiert, sie gehört nicht der Welt der Tatsachen an, wie etwa eine Sonnenfinsternis oder die chemische Zusammensetzung des Wassers, sondern ist selbst ein Stück des Rechts. Nicht Tatbestände werden beurteilt, sondern Rechtsverhältnisse. Die Jurisprudenz bildet nur Rechtssätze auf Grund der Rechtsverhältnisse. Familie, Körperschaften, Eigentum, dingliche Rechte, Kauf, Pacht, Miete, Darlehen waren Rechts-

verhältnisse, noch bevor die römischen Juristen ihre erste Verallgemeinerung vorgenommen hatten, und sie wurden auch im Mittelalter nicht erst durch die Beurteilung nach römischem Recht zu Rechtsverhältnissen. Sie blieben, insoweit nicht die romanistische Kautelarjurisprudenz eingriff, nach der Aufnahme auch inhaltlich dasselbe wie zuvor: sie wurden nur jetzt nach römischem Rechte beurteilt. Ebenso würden, wenn irgendwo in Europa englisches Recht eingeführt werden sollte, Familie, Körperschaften, Eigentum, dingliche Rechte und Verträge dasselbe bleiben, was sie bis dahin waren; und wenn sie auch nach den Rechtssätzen des englischen Rechtes beurteilt werden müßten, zu englischen Rechtsverhältnissen würden sie dadurch nicht werden. Rechtsverhältnisse werden durch die Gesellschaft, nicht durch Rechtssätze geschaffen.

Betrachten wir nun das Werk der Jurisprudenz seit der Aufnahme des römischen Rechts. Da muß vor allem das ausgeschieden werden, was nur dazu bestimmt war, den Inhalt der Quellen möglichst getreu darzustellen. Denn damit wurde bloß das Überlieferte weiter überliefert, aber die Kunst und Lehre nicht fortgeführt. Das Neue dagegen, das zum Übernommenen hinzugefügt wurde, beruhte immer darauf, was der lebendigen Anschauung der Rechtsverhältnisse entnommen und sohin verallgemeinert worden ist. In dieser Beziehung unterscheidet sich das Vorgehen der Neueren nicht von dem der römischen Juristen. Nur soweit besteht ein Unterschied, als sie nicht, wie die Römer, daraufhin die Entscheidungsnormen unmittelbar aus den Verallgemeinerungen ableiteten oder selbständig frei fanden, sondern das Ergebnis ihrer Arbeit in die römische Begriffswelt einordneten und wenigstens zum Scheine die römischen Entscheidungsnormen dafür zu verwerten suchten. Da sie aber in der Regel nicht etwa voraussetzungslos daran gingen, sondern mit einer bereits im vorhinein zurecht gelegten Entscheidung, der sie nachträglich ihre Begriffsbildungen und Konstruktionen anpaßten, so handelte es sich tatsächlich um eine ziemlich freie Rechtsfindung mit nachträglich dazu herbeigeschafften Gründen.

Für die Normen, die sie so unmittelbar den Organisationen entnimmt, hat sich in der gemeinrechtlichen deutschen Jurisprudenz, zumal seit Beginn des XIX. Jahrhunderts, der Ausdruck: Natur der Sache eingebürgert. Die Natur der Sache ergibt sich aus den Formen der staatlichen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verbände, wie sie das Leben selbständig erzeugte. Das ist die naturalis ratio der Römer, das steckt hinter so manchem ihrer sed aequius est, sed melius est, sed humanior est eorum sententia, das ist auch eine der treibenden Kräfte der naturrechtlichen Bewegung, bis auf ihren letzten Ausläufer, der Lehre vom richtigen Recht. Die gemeinrechtliche deutsche Juris-

prudenz faßte in der Regel das, was sie oder der Gesetzgeber der unmittelbaren Anschauung der Verbände, die das Leben geschaffen hatte, entlehnten, in Begriffe zusammen und leitete dann die Normen aus der Natur der Sache, „aus dem Begriffe" ab: Das war nichts, als ein anderer technischer Ausdruck für die Natur der Sache. Kein Jurist hat, selbst im letzten Jahrhundert, trotz der positivistischen Strömung, Erwägungen aus der Natur der Sachen entbehren können, selbst wenn er sie, wie Windscheid, anscheinend verwarf. Ausdrücklich anerkannt haben sie, um nur die größten zu nennen, Savigny, Puchta, Wächter, Unger, Goldschmidt, Bähr. Adickes hat ihr seine erste Schrift gewidmet.

Die Normen „aus der Natur der Sache", oder „die sich aus dem Begriffe ergeben", sind die Regeln des Handelns, die ein Rechtsverhältnis im Leben beherrschen; sie sind ein Werk des Lebens, nicht des Gesetzgebers oder einer andern zum Setzen von Normen berufenen Gewalt, und sie können wohl wissenschaftlich erkannt und festgestellt, aber nicht angeordnet oder vorgeschrieben werden. Deswegen können sie, wo immer sie auch formuliert sein mögen, und sei es auch in einem Gesetze, auf ihren wissenschaftlichen Gehalt geprüft werden. Man kann immer fragen, nicht nur ob die Begriffsbestimmung, die das Gesetz etwa für die Erbleihe oder den Pachtvertrag aufstellt, sondern auch die Normen, die es bloß dem Begriffe entnimmt, dem entsprechen, was im Leben bei diesen Rechtsverhältnissen gilt. Deswegen wird mit Recht bestritten, daß Begriffsbestimmungen, und, das sollte hinzugefügt werden, die aus ihnen fließenden Normen „aus der Natur der Sache" in ein Gesetz gehören; sind sie richtig, dann sind sie im Gesetz überflüssig, sie wären auch ohne Gesetz auf der Welt; sind sie unrichtig, dann sind sie, wie oft behauptet wird, „unverbindlicher Gesetzesinhalt", und müssen doch Unheil stiften, weil man sich auch über einen unverbindlichen Gesetzesinhalt nicht leicht hinwegsetzt. Der Satz der Römer, omnis definitio in iure periculosa, scheint allerdings viel weiter zu gehen, denn ius civile bedeutet nicht Gesetz, sondern Jurisprudenz, aber das erklärt sich damit, daß diese in Rom in verbindlicher Weise Juristenrecht festsetzte. Er enthält jedoch nur die Mahnung, es sei für den Juristen leichter, aus der Ordnung der gesellschaftlichen Verbände eine einzelne Norm zu erschließen, als alle die Normen, die das Gerüste eines lebendigen Verbandes bilden, zu einer Begriffsbestimmung zusammenzufassen.

Das alles bezieht sich aber selbstverständlich nur auf die juristischen Begriffsbestimmungen der durch das Leben geschaffenen Einrichtungen. Begriffsbestimmung nennt man auch oft den Tatbestand, auf den nach Vorschrift des Gesetzes eine gesetzliche Entscheidungsnorm oder ein

sonstiger Gesetzesbefehl angewendet werden sollen. Die in den Tatbestand aufgenommenen Kennzeichen weisen allerdings auf das Lebensverhältnis hin, das vor Störung geschützt werden soll; sein Dasein, seine Eigenschaften sind von dem Rechtssatze unabhängig, denn die Körperverletzung ist ebensowenig ein Werk des Gesetzgebers, wie die uneheliche Vaterschaft. Aber der Inhalt des Rechtssatzes ist allein maßgebend dafür, unter welchen Voraussetzungen das Lebensverhältnis rechtlichen Schutz erhält und die angeordneten Rechtsfolgen eintreten: welche Art der Körperverletzung strafbar ist, wann die uneheliche Vaterschaft zur Leistung des Unterhalts verpflichtet. Der Urheber des Rechtssatzes ist daher bei der Bestimmung des Tatbestandes, wenn auch nicht ganz frei, so doch freier als bei der Begriffsbestimmung gesellschaftlicher Einrichtungen. Der Tatbestand ist ein Teil des Gesetzesinhalts und kann weder als überflüssig, noch als unrichtig bezeichnet werden. Seine Bestimmung kann mit Rücksicht auf die Absicht des Gesetzgebers oder den Zweck des Gesetzes zu enge oder zu weit gefaßt sein, die Jurisprudenz, die das erkennt, mag sich über dessen Wortlaut hinwegsetzen: damit wird aber das Gesetz ausgelegt oder ergänzt, aber nicht berichtigt. Die verfassungsmäßigen Rechte und Pflichten des Staatsbürgers und die Befugnisse des Eigentümers sind von der gesetzlichen Bestimmung des Staates und des Eigentums unabhängig; als Diebstahl soll nichts bestraft werden, was nicht unter den Tatbestand des Diebstahls fällt, und keine Rechtshandlung kann mit der actio Pauliana angefochten werden, die das Anfechtungsgesetz nicht als anfechtbar bezeichnet. Beim Staat, bei Eigentum handelt es sich um eine Organisationsform, beim Diebstahl, bei der actio Pauliana um den Tatbestand einer Entscheidungsnorm: dieser Gegensatz tritt hier sinnfällig zutage.

Mit seltenen Ausnahmen bildet also die Jurisprudenz den Rechtssatz auf Grund der Wahrnehmung der Tatsachen des Rechtslebens und der Verallgemeinerung der Ergebnisse dieser Wahrnehmung. Ihr Verfahren hat eine unverkennbare Ähnlichkeit mit den Methoden der eigentlichen Wissenschaften, die regelmäßig ebenfalls von der Beobachtung und der Verallgemeinerung des Beobachteten ausgehen. Es ist daher leicht erklärlich, daß wegen dieser Ähnlichkeit die Jurisprudenz recht oft nicht als Kunstlehre, sondern als eigentliche Wissenschaft aufgefaßt, und daß für sie geradezu eine „naturwissenschaftliche Methode“ gefordert wird. So nahe sich aber auch die wissenschaftliche Methode mit der juristischen zu berühren scheinen, so sind sie doch, wie schon Rumpf überzeugend dargetan hat, voneinander sehr verschieden. Denn die erste dient der Erkenntnis, die letzte dem Normenfinden. Die Beobachtung und Verallgemeinerung des Juristen geht nicht unbefangen im wissenschaftlichen Geiste vor sich, sondern

steht im vorhinein im Banne der Machtverhältnisse, Zweckmäßigkeitserwägungen und Gerechtigkeitsströmungen, die das Normenfinden bestimmen; und infolgedessen ist die juristische Beobachtung und Verallgemeinerung im vorhinein auf andere Gegenstände gerichtet, und liefert auch andere Ergebnisse, als es bei der wissenschaftlichen der Fall wäre. Auf Grund des wissenschaftlichen Vorgehens wären die römischen Juristen gewiß nie dazu gelangt, die Familienordnung des Vollhufners als die einzige Ordnung der römischen Familie zu behandeln, die englischen Richter hätten nie das Erbrecht der Ritterschaft auf alle Klassen verallgemeinert, und die Verfasser des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs hätten unmöglich die Verwaltungsgemeinschaft zum allgemeinen Güterstand erheben können. Das alles ist nur dadurch begreiflich, daß ihre Absicht gar nicht auf ein wissenschaftliches: „so ist es", sondern auf ein praktisches „so soll es sein" gerichtet war.

Die Jurisprudenz der Persönlichkeitsrechte, die sich jetzt vor unsern Augen entwickelt, bietet ein belehrendes Beispiel dafür. Sie geht von zwei gesetzlichen Bestimmungen aus: von der im österreichischen bürgerlichen Gesetzbuch enthaltenen Anerkennung der jedem Menschen „angeborenen, schon durch die Vernunft einleuchtenden Rechte" und von der Klage „auf Beseitigung der Störung" bei unbefugter Verletzung der persönlichen Verhältnisse des schweizerischen Zivilgesetzbuchs. Es ist für die gedrückte Lage der heutigen festländischen Jurisprudenz bezeichnend, daß sie solcher Krücken bedurfte, um zu den Persönlichkeitsrechten zu gelangen: die römischen Juristen hätten schwerlich nach dieser Methode die bonae fidei contractus gefunden. Auch in Frankreich werden Persönlichkeitsrechte in großem Umfange ohne gesetzliche Handhabe geschützt. Da die Rechtsprechung, abgesehen von Frankreich, nur wenig hervorgetreten ist, so ist diese Jurisprudenz überwiegend schriftstellerisch. Führend sind Specker in der Schweiz und Mauczka in Österreich. Es ist nun sehr lehrreich, zu beobachten, wie diese Schriftsteller zu einem ins Einzelne gehenden Persönlichkeitsrechte gelangen. Das Gesetz bietet ihnen nichts in dieser Richtung, denn ganz inhaltslose gesetzliche Vorschriften, wie die erwähnten des österreichischen und schweizerischen Gesetzbuchs, lassen die Rechtsbildung genau dort, wo sie auch ohne Gesetz wäre. Was Specker und Mauczka über die Persönlichkeitsrechte sagen, ist vom Gesetze so sehr unabhängig, daß es sofort auch im Gebiete des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs, obwohl dieses der Persönlichkeitsrechte, mit Ausnahme des Namenrechts, nicht gedenkt, anwendbar wäre, wenn man sich in Deutschland nur entschließen wollte, die schöpferische Kraft der schriftstellerischen Jurisprudenz anzuerkennen.

Allerdings wird von Specker und Mauczka vieles ins Persönlichkeitsrecht gezogen, was in ein verbessertes Urheberrecht oder fortgeschrittenes Besitzrecht oder Nachbarrecht gehören würde (Unzulässigkeit der Veröffentlichung von Privatbriefen, der Photographie einer Privatwohnung, Schutz gegen Lärm oder unangenehme Gerüche). Scheidet man das aus, so verbleibt als Persönlichkeitsrecht der gesellschaftliche und gerichtliche Schutz der Interessen des Einzelnen, die sich aus dessen Stellung in seinem gesellschaftlichen Verbande (in der Familie, im Hause, in der Geselligkeit) oder in der Gesellschaft als Ganzem ergeben. Es handelt sich dabei, nach den Worten Jungs „um die Tatsache, daß im Zusammenleben der eine vom andern ein gewisses Maß von Rücksichtnahme verlangt“. Das Maß dieser Rücksicht wird stets durch die Stellung bestimmt, die die Übung im Verbande den Einzelnen anweist. Daher beruhen auch die Normen, durch die Persönlichkeitsrechte gewahrt werden, auf Übung. Es gibt kein Recht auf Leben in einem Verbande für den, dessen Stellung durch die Übung des Verbandes so sehr zu einem Nichts herabgedrückt ist, wie die des römischen Sklaven oder Haussohns im Hause; und wie weit reicht das Recht auf körperliche Unversehrtheit und Freiheit bei Frauen und Kindern selbst bei den gesitteten Völkern unserer Zeit? Wenn wir aber ein Recht auf Leben, körperliche Unversehrtheit und Freiheit heute im allgemeinen jedermann zugestehen, so zeigt sich darin nur, daß sich in der gesellschaftlichen Übung der Gedanke der Gleichwertigkeit des Menschen soweit bereits durchgerungen hat. In demselben Sinne gebührt jetzt jedem auch das Recht auf Ehre, während es einst nur den Angehörigen der bevorrechteten Schichten zugebilligt wurde. Die weitern Persönlichkeitsrechte, die jetzt angenommen werden: auf das eigene Bild, auf die Geheimsphäre, auf Schonung des Gefühls- und Genußlebens, erweitern nur den Schutz, den die Verbände einst dem Körper ihrer Angehörigen zugestanden hatten auf ihre seelische Empfindlichkeit, infolge des gesteigerten Innenlebens in unserer Zeit: es liegt also keine grundsätzliche Neuerung vor. Daß das Recht auf Namen, Siegel, Wappen nur dem Interesse an der damit bezeichneten Stellung gilt, dürfte ohnehin klar sein. Die gesellschaftlichen Normen, die die persönlichen Interessen schützen, gehören übrigens bisher nur zum geringen Teil dem Rechte, überwiegend der Sittlichkeit, der Sitte, dem Anstand und dem Takt an: erst allmählich verwandeln sie sich in Rechtsnormen.

Gerichtlichen Schutz gewährt den Persönlichkeitsinteressen vorläufig hauptsächlich das Strafrecht, also nur gegen die gröbsten Angriffe. Die Bewegung auf Anerkennung der Personenrechte will diesen Interessen den viel wirksamern privatrechtlichen Schutz verschaffen. Würde sie rein wissenschaftliche Zwecke verfolgen, so müßte sie sich

darauf beschränken, die Übung im Hause, der Familie, im Verkehr, in der Geselligkeit zu beobachten, um daraus zu entnehmen, was dort an Persönlichkeitsinteressen vorhanden ist und wie weit sie durch gesellschaftliche Normen geschützt sind. Aber als praktische Kunstlehre stellt sie sich zu ihrem Vorwurf ganz anders. Ihr kommt es darauf an, scharf formulierte Rechtssätze zu bilden, die darüber entscheiden sollen, unter welchen Voraussetzungen, mit welchen Rechtsmitteln, durch welche Arten der Zwangsvollstreckung die Persönlichkeitsrechte, die sich in der Gesellschaft kraft Übung ergeben, geschützt werden sollen. Auch dieser Forschung muß die Beobachtung und Verallgemeinerung dessen vorausgehen, was in der Gesellschaft an solchen Interessen vorhanden ist und welche Bedeutung sie haben. Aber diese Beobachtung und Verallgemeinerung bricht nicht nur überall dort ab, wo das praktische Wichtige aufhört, sondern gipfelt schließlich in einem durchaus unwissenschaftlichen Verfahren: in der Interessenabwägung als Grundlage der Normenfindung.

Gewiß wäre die Jurisprudenz viel besser beraten, wenn sie, anstatt selbst für ihre Zwecke Beobachtungen und Verallgemeinerungen vorzunehmen, diese aus dem bereits vorhandenen Vorrate wissenschaftlicher Erkenntnis schöpfen könnte, wie das heute schon etwa bei der Medizin und bei den technischen Kunstlehren geschieht. Einstweilen aber, so lange wir eine Soziologie des Rechts, die der Jurisprudenz in dieser Weise vorarbeiten würde, noch nicht haben, muß der Jurist die Kenntnis der Lebensverhältnisse, die er braucht, um daraus Entscheidungsnormen zu bilden, seiner eigenen Erfahrung entnehmen. Daneben werden auch die Gesetze und die verschiedenen Zweige der Gesellschaftswissenschaften als Erkenntnisquelle dienen. Aber so vieles er auch von anderwärts erhalten mag, bei der unerschöpflichen und unübersehbaren Mannigfaltigkeit des Weltgetriebes kann ihm das unmöglich genügen, ohne daß er es jeden Augenblick aus der Fülle des Selbsterschauten und Selbsterlebten ergänzen müßte. Daraus ergibt sich freilich nicht, daß ein junger Mensch für das Richteramt geeignet ist, der bei seinen Prüfungen bewiesen hat, daß er die wichtigsten Gesetze und einige Lehrbücher zu meistern vermag. Das beste, was der Richter zu geben hat, muß er aus seinem Innern schöpfen; die Paragraphen und die Bücher gleichen einer armseligen Skizze zu einem Bilde, und erst das, was in einem reichen Leben erlebt und erschaut worden ist, vermag ihr Form und Farbe zu verleihen.

Die rechtsverbindliche Kraft des Juristenrechts hat für uns allerdings etwas Rätselhaftes. Die Rechtsnorm ist stets ein Befehl, und wir fragen, wieso die Ausführungen eines Juristen Befehle enthalten können. Die Frage kann hier nur gestreift, nicht erledigt werden.

Vor allem muß darauf hingewiesen werden, daß die Tatsache nicht vereinzelt dasteht. Auch der Ethiker formuliert ethische Normen; ebenso müssen die Normen des Anstandes, der Ehre, des guten Tones, der Mode, des Spieles einen Urheber haben. Sobald man im Zweifel ist, schlägt man irgend ein Buch nach: eine Anstandslehre, einen „Ehrenkodex", ein Komplimentierbuch, eine Modezeitung, eine Sammlung von Spielregeln. Was darin steht, gilt als Norm, als verbindlich: und das hat zuweilen keinen andern Grund, als die nicht immer berechtigte Annahme, der Mann, der das geschrieben habe, wäre irgendwie berufen, solche Regeln festzustellen.

Die Geltung des Juristenrechts hat im allgemeinen dieselbe psychologische Grundlage. Der Jurist hat allerdings vor allem über die bereits vorhandenen Normen Auskunft zu geben: aber wie soll man belehren, was als Norm gilt, wenn der Inhalt dessen, was gelehrt wird, nicht zur Norm werden sollte? Bei wem soll man sich unterrichten, welche Normen gelten, wenn nicht bei dem, der die Normen lehrt? Die Grenze zwischen Normenlehre und Lehrnormen ist offenbar so fein, daß sie notwendigerweise praktisch im Leben übersehen werden muß; und so entsteht auch die große Antinomie der Jurisprudenz, die fortwährend Lehre in Normen verwandelt und den Wandel selbst den Augen der Mitwirkenden und Beteiligten verschleiert.

Aber bei der Rechtsnorm genügt es nicht, wie so häufig bei den Normen des Anstandes, des guten Tones, der Mode oder des Spieles, daß sie von irgend jemand gelehrt werden. Sie müssen sich durchsetzen, im Kampfe behaupten. Das geschieht häufig unbewußt in der Gesellschaft, die automatisch das Geeignete aufnimmt, das Ungeeignete abstößt. Kaum jemand hat das besser ausgedrückt, als der Gewährsmann des Boëthius. Für ihn sind Juristenrecht (ius civile): probatae civium iudiciis creditaeque sententiae. Manchmal gibt es für diesen Kampf der Normen ums Dasein auch einen geordneten Vorgang, wie die disputatio fori der Römer und das Zitieren bei den gemeinrechtlichen Schriftstellern. Und in diesem Kampfe gibt wieder das Ansehen ihrer Urheber in der Regel den Ausschlag. Die meisten Normen schöpfen ihre Lebenskraft aus der Bedeutung dessen, der sie ausgesprochen oder verfochten hat. Selten gibt ausschließlich die geistige Größe der Persönlichkeit den Ausschlag, wie bei den ältern Juristen des römischen Freistaats, den Verfassern der deutschen und französischen Rechtsbücher im Mittelalter, wohl auch bei den islamitischen Juristen: es muß fast überall eine gehobene äußere Stellung dazu kommen. Die römischen Juristen der Kaiserzeit werden iuris conditores kraft des ius respondendi, auch der nordische Rechtssprecher ist ein öffentlich bestellter Beamter, bei den gemeinrechtlichen Juristen entscheidet seit der Glossatorenzeit das akademische Lehramt. Noch

im XIX. Jahrhundert in Deutschland waren bis auf wenige Ausnahmen (Bähr, Liebe, Einert, vielleicht von Salpius) die Juristen, die Bedeutung für die Rechtsbildung erlangten, akademische Lehrer. In England und Amerika wird hohes richterliches Amt gefordert: aber auch hier sind die Richter nicht kraft ihres Amtes fungible Persönlichkeiten. Wenn auch richterliches Recht als solches verbindlich ist, so ist es doch gar nicht gleichgültig, wer den Satz aufgestellt hat, auf den man sich vor Gericht beruft. Richtersprüche werden allerdings von den Advokaten möglichst massenhaft angeführt, aber Ewigkeitswert haben nur vereinzelte. Die großen Juristen, die das Recht fortgebildet haben, gehören stets zu den größten Männern der Menschheit: ihre Namen und Werke werden noch nach Jahrhunderten genannt und gelesen.

XVI.

Das staatliche Recht.

Verschieden von den gesellschaftlichen werden die staatlichen Rechtsnormen nur selten durch rein gesellschaftlichen Zwang durchgesetzt. Der Staat bedarf dazu seiner eigenen Machtmittel, seiner Behörden. Es kommt also vor allem darauf an, ob er dafür überhaupt geeignete Behörden besitzt. Die Frage, ob es irgendwo staatliches Recht gibt, ist daher nicht nur eine Frage der Staatsverfassung, wie man gewöhnlich annimmt, sondern auch eine Frage der Staatsverwaltung. Was die Gesetze eines Landes bedeuten, weiß man erst, wenn man die Anstalten kennt, denen es obliegt, sie ins Werk zu setzen. Von deren Bildung, Ehrlichkeit, Geschicklichkeit, von ihrem Fleiß hängt alles ab. Deswegen wird auch derselbe Rechtssatz in verschiedenen Gesellschaften sehr verschiedenes bedeuten. Nachdem man im Laufe des XIX. Jahrhunderts ganze Stücke des englischen, französischen und belgischen Verfassungs- und Prozeßrechts auf fremden Boden versetzt hatte, mußte man sich überzeugen, daß sie überall ganz andere Wirkungen haben als in ihrer Heimat. Am besten ist die Verpflanzung noch beim Handelsrecht gelungen, weil ja der Handel in ganz Europa im wesentlichen gleichartig geordnet ist und es dabei auf staatliche Behörden recht wenig ankommt.

Es möge gestattet sein, hier ein Beispiel anzuführen. Österreichische Juristen, die vor etwa zwanzig Jahren nach Brüssel zur Eröffnung des Justizpalastes als Festgäste gekommen waren, hörten hier zu ihrem Erstaunen, daß Kaiser Josef II. in Belgien das mündliche Prozeßverfahren eingeführt habe. Das Gesetz, durch das dieses Wunder bewirkt wurde, war die Allgemeine Gerichtsordnung, die vielverlästerte Josephina, die auch in Österreich mehr als ein Jahrhundert gegolten hatte, ohne daß ihr jemand hier die Fähigkeit, ein mündliches Verfahren zu schaffen, zutraute. Die Gerichtsordnung bestimmt allerdings, daß „auf dem Lande“ (überall außerhalb der Provinzhauptstädte) mündlich zu verfahren sei. In Österreich bestand das „mündliche“ Verfahren in der Regel darin, daß die Schriftsätze nicht eingereicht, sondern in der Form von Protokollen verfaßt, dem Richter übergeben wurden. Manchmal kam es allerdings vor, daß die Parteien

tatsächlich ihre Äußerungen bei der Tagfahrt zu Protokoll gaben: Entschieden wurde der Rechtsstreit aber jedenfalls nur auf Grund der Protokolle, in der Regel von einem Richter, der die Verhandlung nicht mitgemacht hatte. In den damals österreichischen Niederlanden hat man dagegen das mündliche Verfahren ernst genommen. Es wurde wirklich vor Gericht verhandelt, über die Verhandlung am Schluß ein Protokoll aufgenommen, und der Richter, der die Tagfahrt geleitet hatte, entschied, wenn auch mit Hilfe des Protokolls, so doch unter dem Eindruck der mündlichen Verhandlung. So führte dasselbe Gesetz in Österreich zu einem protokollarischen und mittelbaren, in den Niederlanden zu einem mündlichen und unmittelbaren Verfahren; nicht am Gesetz, sondern an den Völkern, zumal an ihren Richtern und Anwälten lag der Unterschied.

Aber selbst die besten staatlichen Organe sind weder allmächtig noch allgegenwärtig. Wenn das Gesetz nur so weit befolgt wird, als die Staatsorgane die Bevölkerung dazu zwingen, so ist damit doch nicht viel mehr als das geräuschvolle Klappern der Beamtenmühle erreicht. Die Kunst des Flußregulierens besteht nicht darin, dem Strom ein neues Bett bis zu seiner Mündung zu graben, sondern den Strom so geschickt zu lenken, daß er sich selbsttätig das Bett nach den Absichten der Ingenieure schaffe; auch die Gesetze erfüllen nur dann ihren Zweck, wenn sie wenigstens von der großen Mehrheit des Volkes aus eigenem Antriebe befolgt werden.

Für den Staat gibt es zwei Wege, um durch sein Recht zu wirken. Der eine ist durch Entscheidungsnormen. Der Staat schreibt seinen Gerichten und anderen Behörden vor, wie sie die Angelegenheiten, die ihnen von den Beteiligten zur Entscheidung vorgelegt werden, entscheiden sollen. Die Mehrzahl der Entscheidungsnormen sind allerdings dem Juristenrecht entnommen: staatliches Recht sind sie nur dann, wenn sie unabhängig vom Juristenrecht entstanden und staatliche Zwecke zu fördern bestimmt sind. Die andere Art des staatlichen Rechts sind die Eingriffsnormen: sie weisen die Behörden an, einzugreifen, ohne Rücksicht darauf, ob sie angerufen worden sind. Die staatlichen Entscheidungsnormen und die staatlichen Eingriffe beruhen allerdings nicht immer auf Gesetzen, doch kommt dieser Fall hier vor allem in Betracht. Ob der Rechtssatz einen unmittelbaren Eingriff veranlaßt oder als bloße Entscheidungsnorm wirkt, das hängt nicht nur von der Absicht des Gesetzgebers oder dem Wortlaute des Gesetzes ab; es kommt auf die tatsächliche Übung an. In bürgerlichen Angelegenheiten überwiegen Entscheidungsnormen; eine Ausnahme bilden Ehe-, Vormundschafts-, Körperschafts-, Register-(Grundbuchs-Handels-Ehegüterrechtsregister)-Angelegenheiten, sowie die staatliche Verlassenschaftsabhandlung, wo sie vorgeschrieben ist; hier herrscht

wenigstens zum Teile wirklich unmittelbarer Eingriff vor. Das Strafrecht war ursprünglich, wenn nicht der Staat selbst unmittelbar beteiligt war, ausschließlich Entscheidungsnorm, der Streit mußte vom Verletzten vor Gericht gebracht werden. Jetzt noch ist das Strafrecht zum Teile bloße Entscheidungsnorm selbst dort, wo von Amtswegen die Anklage erhoben werden soll, da nach der Übung der Behörden doch eine Anzeige oder sonstige Anregung der Beteiligten abgewartet wird. Dagegen bei Staatsverbrechen, Mord, Brandlegung und anderen Verbrechen, die als gemeingefährlich oder staatsgefährlich gelten, bietet der Staat seine Organe auf, um den Schuldigen vors Gericht zu bringen. Dasselbe Verhältnis von Eingriff und Entscheidung findet sich auch im Verwaltungsrecht.

Die Wirkung der staatlichen Entscheidungsnorm wird im allgemeinen sehr überschätzt. Es kommt alles auf die Tätigkeit der Parteien an, und diese versagt nicht selten vollständig. Das Gesetz bleibt oft in weiten Kreisen unbekannt, zuweilen ist es praktisch unbrauchbar, dann mangelt es oft den Parteien, die es begünstigt, an materiellen Mitteln, um ihren Anspruch durchzusetzen, oder auch infolge der Lagerung der tatsächlichen Machtverhältnisse an dem dazu erforderlichen Selbstvertrauen oder Vertrauen in die Behörden. Aus diesem Grunde bleiben Arbeiterschutzgesetze, soweit sie nur Entscheidungsnormen enthalten, regelmäßig wirkungslos. Ich habe vor mehreren Jahren eine Umfrage vorgenommen, die sich darauf bezogen hat, wie viel aus dem seit nunmehr hundert Jahren geltenden österreichischen bürgerlichen Gesetzbuch wirklich ins Leben gedrungen ist. Sie lieferte sehr merkwürdige Ergebnisse. Aus dem Gewährleistungsrecht, einem scheinbar praktisch so wichtigen Rechtsgebiet, leben nur die Bestimmungen über die Viehmängel, vielleicht weil sie erst aus dem Leben ins Gesetz gedrungen sind. Bei unbeweglichen Sachen wird die Gewährleistung gewöhnlich vertragsmäßig ausgeschlossen, bei beweglichen herrschen Regeln vor, die mit denen des bürgerlichen Gesetzbuchs nichts zu schaffen haben. Aber auch sonst würde man gar nicht glauben, wie sehr das unwirksame Recht das wirksame überwiegt. Die Zahl der Paragraphen des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches, die am Leben spurlos vorbeigegangen sind, deren Aufhebung ohne jede Bedeutung fürs Leben wäre, ist mit einem Drittel des Ganzen vielleicht nicht zu hoch gegriffen. Darunter sind einzelne, die Bestimmungen von großer Tragweite zu enthalten scheinen, jeden Augenblick zur Anwendung kommen könnten und in der ganzen Glaser-Ungerschen Sammlung von Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes, deren es bereits mehr als 20 000 gibt, nicht ein einziges Mal angeführt sind. Selbstverständlich liegt die Sache deswegen nicht anders, weil der Rechtssatz hier und da einmal angewendet worden

ist. Das beweist noch lange nicht, daß er wirklich ins Leben gedrungen ist, daß er Handel und Wandel beherrscht.

Vielleicht darf ich das an einem Beispiel zeigen, das ich bereits in einem anderen Zusammenhange angeführt hatte. Das Familienrecht des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches ist bekanntlich streng individualistisch, vielleicht das individualistischeste unter allen, die heute in Europa gelten. Die Frau steht dem Mann und die Kinder stehen den Eltern im allgemeinen selbständig gegenüber, fast als ob sie einander ganz fremd wären. Das Kind kann eigenes Vermögen haben und verfügt dann darüber ebenso frei, wie die Eltern über das ihrige; jeder Erwerb des Kindes kommt dem Kinde selbst, nicht den Eltern zugute. Das Kind hat volles Selbstbestimmungsrecht und kann auch seine Arbeitskraft mit voller Freiheit für sich selbst verwerten. Nur so lange das Kind minderjährig ist, steht es unter väterlicher Gewalt; aber der Vater, der Inhaber dieser Gewalt, ist nicht viel mehr als ein Vormund: seine Aufgabe besteht ausschließlich in der Vorsorge, daß das Kind sich nicht durch Unerfahrenheit, Leichtsinn oder Schwäche schädige. Nur in diesem Sinne kann der Vater über das Vermögen, die Arbeitskraft, das Schicksal des Kindes bestimmen; selbst dabei wird er noch von dem Obervormundschaftsgericht beaufsichtigt, das auch über Beschwerde des Kindes gegen den Vater entscheidet.

Aber in der Bukowina, die doch zu Österreich gehört, und wo das Bürgerliche Gesetzbuch ganz so wie in anderen Teilen Österreichs gilt, ist es mit der väterlichen Gewalt bitterer Ernst. Der rumänische Bauer, vielleicht der einzige echte Römer, der sich bis in unsere Zeit erhalten hat, übt eine patria potestas, die den Kenner des alten römischen Rechtes ganz eigentümlich anheimelt. Da gehören die Kinder wirklich noch dem Vater, wenn auch nicht ihr Leben lang, so doch bis zu der im vierundzwanzigsten Jahre eintretenden Volljährigkeit, zwar nicht so unbeschränkt wie einst in Rom, immerhin aber noch mit ihrem Leib, mit ihrem Vermögen, mit ihrer Arbeitskraft, nicht nur so lange sie beim Vater zuhause sind, sondern auch in der Fremde. Ist solch ein Hauskind im Dienst, so erscheint in jedem Monat pünktlich der Vater oder auch die Mutter beim Dienstherrn und trägt den Dienstlohn ruhig nach Hause. Ebenso frei verfügen die Eltern über das Vermögen des Kindes und über das Einkommen von dem Vermögen. Fragt man, warum die Kinder sich das ruhig gefallen lassen, so erhält man die Antwort, daß ein Widerstand etwas Unerhörtes wäre.

Man hat mir, seit ich auf diese Erscheinung in einem Aufsatz in der Hardenschen Zukunft hingewiesen habe, immer erwidert, daß das, was hier dem bürgerlichen Gesetzbuch widerspreche, Sitte, nicht

Recht sei. Das ist immer der alte Gedanke, daß es hier auf die terminologische Frage ankomme, was man gerade Recht nennen will. Es handelt sich jedoch an dieser Stelle um etwas anderes: nämlich um die Tatsache, daß das österreichische bürgerliche Gesetzbuch nicht imstande war, diese ihm so sehr widersprechende Übung, sie mag im übrigen Recht oder Sitte sein, aus dem Leben zu beseitigen. Allerdings habe ich, seit ich die Übung zum erstenmal, vor etwa zehn Jahren, verzeichnete, bemerkt, daß sie seither bereits ziemlich stark nachzulassen beginnt; aber das wird wohl mehr an der Zersetzung der alten Familienordnung durch moderne Verkehrsverhältnisse und durch moderne Gedankengänge liegen, die auch sonst hierzulande stark hervortritt, als am Einflusse des bürgerlichen Gesetzbuchs, der erst jetzt, nach hundert Jahren, wirksam werden sollte. Wären die Juristen mehr gewöhnt, dem Leben unmittelbar ihre Aufmerksamkeit zuzuwenden, sie würden Fälle dieser Art in Fülle entdecken. In der berühmten Umfrage, die Bogišič über südslavisches Gewohnheitsrecht veranstaltet hatte, hat sich ergeben, daß bei allen Südslaven im Geltungsbereiche des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches die bekannte südslavische Familiengemeinschaft, die Sadruga besteht, die dem bürgerlichen Gesetzbuch vollständig fremd und mit dessen Grundsätzen durchaus unvereinbar scheint. Überdies findet sich fast auf jeder Seite des Werkes, in dem er die Ergebnisse seiner Umfrage zusammenfaßte, bei den verschiedensten Gegenständen, zumal des Erbrechts und Familienrechts, die Bemerkung, es sei den Leuten bekannt, daß das Gesetz etwas anderes vorschreibe, als das, was sie üben, sie halten sich aber nicht an das Gesetz. In seiner Schrift: Das Gewohnheitsrecht und die sozialen Verbände, erzählt Dniestrzanski, von einer beim ruthenischen Volksstamme der Bojken sehr verbreiteten Art urwüchsiger Handelsgesellschaft, die weder den Bestimmungen des österreichischen Handelsrechts, noch denen des bürgerlichen Rechts entspricht. Ich selbst finde Erscheinungen dieser Art jeden Augenblick und hoffe sie gelegentlich in ausführlicher literarischer Behandlung vorzuführen. Das alles beweist, wie sehr das staatliche Recht in seiner Wirkung durch andere gesellschaftliche Kräfte gelähmt wird.

Der unmittelbare Eingriff des Staates wirkt erheblich stärker als die Entscheidungsnorm. In der Geschichte der Arbeiterschutzgesetze tritt das sehr sinnfällig zutage. Ursprünglich waren sie bloß als Normen erlassen, die den Gerichten und Verwaltungsbehörden als Grundlage der Entscheidung von Streitigkeiten aus Lohnverträgen und körperlichen Verletzungen dienen sollten. Das war so noch beim französischen Gesetz über den Zwölfstundentag und beim deutschen Haftpflichtgesetz. Diese Gesetze waren ganz unwirksam. Erst das

Gewerbeinspektorat, als staatliche Organisation zur Durchführung der Arbeiterschutzgesetzgebung, hat ihnen durch unmittelbare Eingriffe Leben verliehen.

Selbstverständlich genügt es aber auch nicht immer, daß das Gesetz den staatlichen Behörden unmittelbar befiehlt, in einer bestimmten Weise vorzugehen, damit es wirklich geschehe. Das französische Gesetz vom Jahre 1806 über die Sonntagsruhe wurde nie durchgeführt. Il ne se trouvait presque jamais un commissaire de police ou un garde champêtre qui osât dresser un procès-verbal contre les coupables sagt darüber de Rousiers.

So fällt auch das staatliche Recht vielfach zu Boden. Häufig sind die staatlichen Überwachungs- und Durchführungsmaßregeln ungenügend, um die staatliche Regel in eine Regel des Handelns umzusetzen, oder es scheitert an der Unlust, Schwäche, Unfähigkeit der Behörden, die von Amtswegen zu erhebende Strafanklage wartet in vielen Fällen die Anzeige der Beteiligten ab. Das staatliche Körperschafts- und Vereinsrecht wird durch freie Vereinigungen, wie in Frankreich und zum Teile in Österreich, umgangen, Gesellschaften und Verträge werden durch unterlassene Anmeldung zum Register der staatlichen Aufsicht entzogen, staatlich verpönte Verträge abgeschlossen und von den Parteien freiwillig erfüllt, ungültige Testamente der verbindlichen Verlassenschaftsabhandlung nicht unterworfen und in freien Erbteilungen ausgeführt. In solchen Fällen haben sich eben die andern gesellschaftlichen Verbände mächtiger erwiesen, als der große gesellschaftliche Verband, der sich im Staat ein Werkzeug seines Willens geschaffen hat. Sobald aber bei einem Gesetze, das durch unmittelbaren Eingriff der staatlichen Organe durchgesetzt werden soll, die staatlichen Überwachungs- und Durchführungsmaßregeln versagen, wird das Gesetz zu einer Entscheidungsnorm abgeschwächt, die nur dann gelegentlich einige Lebenszeichen zu geben vermag, wenn der ganze Apparat von den Beteiligten in Bewegung gesetzt wird.

Die Wirkung des staatlichen Rechts steht im geraden Verhältnis zur Kraft, die der Staat dafür bereit stellt, aber im umgekehrten Verhältnis zu den Widerständen, die der Staat besiegen muß. Dadurch, daß ein ungeheueres Stück gesellschaftlicher Betätigung in der staatlichen Gesetzgebung, Rechtspflege und Verwaltung ihren Brennpunkt gefunden hat, sind die sonst in der Gesellschaft wirkenden Kräfte nicht beseitigt: Kirche, wirtschaftliches Leben, Kunst, Wissenschaft, öffentliche Meinung, Familien- und persönliche Verbände haben dem Staate gegenüber doch ganz oder zum großen Teile ihre Selbständigkeit gewahrt. Sie sind ebensoviele Brennpunkte rein gesellschaftlicher Kraftentwicklung, mit der sich die der staatlichen Gesetzgebung, Rechts-

pflege und Verwaltung jeden Augenblick messen muß. Es ist eine Täuschung, wenn man häufig glaubt, der moderne Staat müsse nur seine Machtmittel entfalten, um alles, was ihm entgegentritt, niederzurennen. Zwar kann dem modernen Staate niemand mehr, wie einst dem feudalen, an den der große Lehnsherr nur vertragsmäßig gebunden war, eine Art von rechtlich begründetem Widerstand leisten. Aber die Kräfte, über die er unbedingt verfügt, das Heer, die Polizei, und darauf gestützt, das Beamtentum, sind ihrer Natur nach zum Kampf gegen die Gesellschaft nur soweit gerüstet, als es gilt, eine gewaltsame Auflehnung niederzubrechen, einen einmaligen Erfolg zu erzielen. Auf die Dauer ermüden und erlahmen sie schließlich, auch sind sie selbst zu sehr gesellschaftlichen Einflüssen ausgesetzt, um der Staatsgewalt auf allen Wegen zu folgen. Die Geschichte zeigt, daß die militärische und halbmilitärische staatliche Organisation trotz ihrer ungeheueren Stoßkraft, die sie in einem gegebenen Augenblicke über alle Widerstände erhebt, dauernd den stetigen elementaren Kräften, die in den gesellschaftlichen Verbänden lebendig sind, nicht gewachsen ist: diese arbeiten vielleicht mit weniger Gewalt im Anfange, aber beharrlich, durchgreifend und nie erlahmend. Genügend angeschwollen, gewinnen die durch sie erzeugten religiösen, wirtschaftlichen, politischen und sittlichen Strömungen früher oder später Einfluß, und unter Umständen auch die Herrschaft über die staatliche Gesetzgebungs- und Behördenmaschine. Die Franzosen drücken den Gedanken, daß der Staat sein Recht nicht dauernd auf die Gewalt gründen kann, mit den sehr bezeichnenden Worten aus: on peut tout faire avec les baïonettes, excepté s'y asseoir. Auch das staatliche Recht muß daher fortwährend mit den gesellschaftlichen Kräften rechnen.

Und vor allem kann der Staat die wirtschaftlichen Voraussetzungen seines eigenen Bestandes nicht zerstören. Der Staat ist nach jeder Richtung davon abhängig, daß in der Gesellschaft genügend wirtschaftliche Güter erzeugt werden, um ihn selbst zu speisen. Er kann an der Volkswirtschaft allerdings Raubbau treiben, und tut es noch heute in schrecklichem Maße, denn der Verfall, der nach Jahrzehnten und Jahrhunderten kommen wird, braucht die jeweiligen Machthaber nicht zu kümmern. Aber er kann die Volkswirtschaft nicht vernichten, da er doch von ihren Überschüssen leben muß.

Stammler meint: Despotismus in seiner vollendeten Art würde eine Rechtsordnung heißen, die nur aus einem einzigen im voraus aufgestellten Paragraphen bestünde: Die rechtlichen Beziehungen unter den Rechtsunterworfenen werden nur nach der konkreten Entscheidung des Herrschers im einzelnen Falle beurteilt und durchgeführt. Stünde dem Herrscher eine Rotte landfremder Söldner zur Verfügung, denn andere wären schwerlich bereit, jede seiner

Launen auszuführen, dann wäre eine solche Rechtsordnung an sich nicht undenkbar. Wie lange könnte das aber dauern? Wäre niemand seines Eigentums sicher, weil eine „konkrete Entscheidung des Herrschers“ es ihm jederzeit nehmen und einem andern zusprechen könnte, dürfte sich niemand auf einen Vertrag verlassen, weil er jeden Augenblick durch eine ebensolche Entscheidung aufgelöst werden könnte, so wäre Landwirtschaft, Handel, Gewerbe nach wenigen Jahren so außer Rand geraten, daß der „Herrscher“ bald niemand hätte, über den er herrschte. Die vielen Despoten, von denen die Geschichte berichtet, haben sich daher sorgfältig davor gehütet, Schulbeispiele für die Lehre vom unrichtigen Rechte zu liefern: sie haben wohl keinen Anstand im Einzelnen genommen, nach Tunlichkeit zu plündern, zu rauben und zu brandschatzen, gestatteten es auch gelegentlich ihren Kreaturen, aber im allgemeinen ließen sie die Leute ihren Geschäften nachgehen, und wenn sie nicht an einer Rechtsbeugung ein besonderes Interesse hatten, ließen sie die Rechtsstreitigkeiten nach Gesetz und Herkommen entscheiden. Das wohlverstandene eigene Interesse hat sie bald den Wert der rechtlichen Ordnung verstehen gelehrt.

Daran liegt es, wenn so häufig, allerdings nicht von modernen Juristen, sondern von Volkswirten der klassischen Richtung, behauptet wird, daß die Macht des Staates an den Gesetzen der Volkswirtschaft ihre Grenzen habe. Der Staat, der so vieles zugrunde richten, so vieles dem einen nehmen, dem andern geben kann, ist doch nicht imstande, einen einzigen Halm mehr wachsen zu lassen, als es die wirtschaftlichen Kräfte des Volkes gestatten. Das ist eine Erkenntnis von ungeheuerer erhaltender Bedeutung, denn ebensowenig, wie der heutige Staat es kann, ebensowenig könnte es die Revolution, wenn sie sich des Staats bemächtigte: auch sie könnte dem einen nehmen und dem andern geben, auch sie könnte vieles zugrunde richten, aber sie könnte nicht ein einziges Saatkorn mehr zum keimen bringen, als es die Volkswirtschaft gestattet. Das beste, was sowohl der Staat als auch seine Gegner für die Zukunft der Volkswirtschaft tun können, ist, ihre Gegenwart schonen.

Man wird sich an den Gedanken gewöhnen müssen, daß gewisse Dinge durch ein Gesetz überhaupt nicht bewirkt werden können. Man wird sich an den Gedanken gewöhnen müssen, daß für die Folgen eines Gesetzes die Absicht dessen, von dem sie ausgeht, ganz gleichgültig ist. Einmal in Kraft getreten, geht das Gesetz seine eigenen Wege: ob der Rechtssatz wirkt, ob er so wirkt, wie er gewollt wurde, das hängt ausschließlich davon ab, ob er ein taugliches Mittel ist, um diesen Erfolg zu erzielen. Man muß sich endlich an den Gedanken gewöhnen, daß für die Folgen eines Rechtssatzes nicht die Auslegung maßgebend ist, die etwa die Juristen ihm geben; daß andere

Umstände dafür viel wichtiger sind: die Eigenart des Volkes, die herrschenden sittlichen Anschauungen, die Machtmittel, die ihn durchsetzen sollen, die Art des Streitverfahrens. Das Gesetz wirkt nicht durch sein bloßes Dasein, sondern durch seine Kraft.

Die staatlichen Befehle sind am wirksamsten, insofern sie bloß negativ sind: wenn es sich nicht darum handelt, die Menschen zu einem Tun, sondern zu einem Unterlassen zu zwingen, wenn sie verbieten, bekämpfen, zerstören, ausrotten wollen. In dieser Weise hat der Staat im Laufe der Zeit unzählige Kämpfe geführt wider religiöse Richtungen und politische Strömungen, wider Vereine und sonstige Gemeinschaften, zu denen er sich irgendwie in Gegensatz gestellt hat. Das ist der Inhalt fast des ganzen staatlichen Strafrechts, und insbesondere des einzigen, das tatsächlich einigermaßen gesellschaftlichen Einfluß hat. In dieses Gebiet gehört ganz überwiegend die staatliche Polizeigesetzgebung, die Sicherheits-, Gesundheits-, Gewerbepolizei. Auch in das wirtschaftliche Leben greift der Staat am ehesten durch Verbote ein (Zollgesetzgebung). Bloße Verbote sind staatliche Bannrechte und Monopole: der Staat hat da die freie Betätigung wirtschaftlicher Kräfte gehindert, damit wohl auch unzählige wirtschaftliche Werte vernichtet, unter Umständen aber auf deren Kosten ein bestimmtes wirtschaftliches Unternehmen ermöglicht oder gefördert. Dieselbe Bedeutung haben die Urheberrechte. Der Staat erläßt an alle, bis auf den Urheber, das Verbot, sich in einer bestimmten Richtung zu betätigen: das ist der ganze Inhalt dieses Rechts, soweit es staatlichen Ursprungs ist. Nur der Zweck ist hier ein anderer als bei den Bannrechten und Monopolen, sie sollen den Erfindergeist anregen oder belohnen. Und soweit das Familien- und Vermögensrecht nicht gesellschaftlich, sondern staatlich ist, ist es ebenfalls fast ausschließlich negativen Inhalts: Ehen, Vereine, Verträge, Testamente, die verboten aufgelöst, nichtig, anfechtbar erklärt werden, Eigentum, das verfällt, Erben, die ausgeschlossen werden.

Viel zaghafter muß der Staat vorgehen, wo er die Menschen zu einem positiven Tun veranlassen möchte. Die Menschenmassen zu leiten und zu lenken ist unter allen Umständen ungeheuer schwierig, es setzt eine starke und seltene Begabung voraus: am schwersten, wenn es auf Grund allgemeiner abstrakter Regeln geschehen soll. Sehen die Menschen eine Arbeit als notwendig und nützlich ein, so werden sie sich von selbst zusammentun, um sie zu verrichten, auch der wirtschaftliche und gesellschaftliche Druck wird sie dazu häufig veranlassen: da entstehen aber die Einrichtungen unmittelbar als gesellschaftliches Recht, und sie werden durch die staatlichen Behörden in der Regel nicht gefördert, sondern nur gestört, behindert und beirrt. Daß es dagegen kaum möglich ist, einer überlegenen Zahl

widerstrebender Menschen durch staatliche Organe einen fremden Willen aufzuzwingen, das zeigen die vielen Versuche, die früher unternommen worden sind, ausständige Arbeiter durch Gendarmen oder Polizisten zur Arbeit anzutreiben: sie sind wohl ausnahmslos gescheitert. Die Lex Julia et Papia Poppaea wird dem römischen Fiskus manche fette Erbschaft zugeschanzt haben: viel zweifelhafter dürfte es sein, ob auch nur ein einziges Kind ihr das Dasein verdankte. Die österreichische Junggesellen- und Kinderlosensteuer strebt den Erfolg für den Fiskus wenigstens ohne überflüssige populationistische Floskeln an. In den seltenen Fällen, wo der Staat große positive Leistungen durchsetzt, so vor allem in der Heeres- und in der Steuerverwaltung, da ist auf Grund einer vieltausend- oder mindestens vielhundertjährigen Erfahrung eine ganz besonders geschulte und geschickte Technik dafür entstanden. Einem durch besondere Umstände verursachten Verfall der Manneszucht oder einer wohldurchdachten Steuerverweigerung gegenüber, hat sich der Staat übrigens bereits mehrmals machtlos erwiesen. Außerdem kommen Ergebnisse in dieser Richtung noch in Gefängnissen und Internaten vor, infolge großer Hilflosigkeit und Suggestibilität des Gegenstandes. Wo staatliches Recht sonst noch positiv wirkt, da handelt es sich wohl ausnahmslos um unmittelbaren Verkehr der Behörden mit der Bevölkerung in den Fällen, in denen diese wenigstens einigermaßen einsieht, daß es in ihrem eigenen Interesse liegt, sich dem staatlichen Recht zu fügen. Darauf beruht zum größten Teile das Prozeßrecht. Der bedeutendste Erfolg des Staates in der letzten Zeit, der in dieses Gebiet gehört, ist wohl die Sozialversicherung. Das Unglück des Staates ist, daß ihm alles, was er einrichtet, zur Behörde wird, selbst Anstalten für den Unterricht, Kunst, Wissenschaft und Wohlfahrt, selbst Schulen, Museen, Ausstellungen, Eisenbahnen, Tabakregie und Spitäler: sie verlieren dadurch nicht bloß die Schmiegsamkeit, sich den wechselnden Bedürfnissen des Lebens anzupassen, sondern auch den Anhang in der Bevölkerung, der sie zum Werkzeug gesellschaftlichen Fortschritts machen könnte.

Wie hat sich nun staatliches Recht in die Gesellschaft eingeprägt, zu welchen gesellschaftlichen Gestaltungen hat es im Laufe der geschichtlichen Entwicklung geführt? Wenn der Staat sich selbst oder seinen Behörden die Stellung und die Aufgaben vorschreibt, so ist das allerdings nicht staatliches Recht im eigentlichen Sinne des Wortes, sondern ein Recht des Staates. Der Staat gibt sich und seinen Behörden damit die Ordnung, wie sich jeder andere gesellschaftliche Verband eine Ordnung geben muß: die Kirche, die Gemeinde, die Familie oder der Verein. In diesem Rahmen bleibt der Staat auch, wenn er privatwirtschaftliche Unternehmen, Eisenbahnen, Banken

oder Bergwerke betreibt. Sein Recht ist hier grundsätzlich dasselbe, wie das, auf dem die innere Ordnung eines anderen privatwirtschaftlichen Unternehmens beruht.

Der Staat schafft aber tatsächlich, wenigstens zum Teile durch sein Recht, das Staatsvolk. Das ist allerdings etwas ganz anderes als das Volk im nationalen Sinne, das ausschließlich ein Werk der Gesellschaft ist. Die neuesten Versuche, durch staatliche Eingriffe zu nationalisieren, und das bedeutet, die im Staate vereinigten Völker nicht nur zu einem Staatsvolk zu vereinigen, sondern auch zu einem Volk im nationalen Sinne umzugestalten, sind meistens gescheitert. Mit Erfolg hat bisher immer nur die Gesellschaft, nicht der Staat nationalisiert. Nicht destoweniger kommt auch dem Staatsvolk eine ungemein wichtige Wesenheit zu. Die Einheit der Verfassung, des Heeres, der Staatssprache, die, wenn auch zuweilen nur äußerlich und teilweise, hergestellte Einheitlichkeit des Behördenwesens, die Einheit des Wirtschaftsgebiets, die insbesondere durch Zölle, Steuern und Gebühren und die Anordnung der Verkehrswege wirkt, die Einheit der Gesetzgebung und die damit im Zusammenhange stehende Einheit der Jurisprudenz und der Rechtssprechung, endlich die Hauptstadt, zu der doch ein großer Teil des Volkes immer hinstrebt, und von der eine Menge von Anregungen ausstrahlen, machen aus dem Staatsvolk eine Einheit eigener Art. Sie alle sind zweifellos auch von ungeheuerem Einfluß auf die gesellschaftliche Rechtsbildung. Wenn man, wie das in neuerer Zeit mehrmals geschehen ist, das Staatsvolk aus der Rechtsbetrachtung ausschalten will, so heißt das, das Gewicht dieser Tatsachen vollständig verkennen.

Der Staat schafft ferner den staatlichen Frieden. Er errichtet die Behörden, die ihn aufrecht erhalten sollen, die Verwaltungsbehörden, die Polizei, er bemächtigt sich der Strafgerichte, und er gibt ihnen durch das staatliche Recht die Grundlage für ihre Tätigkeit. Die Normen des staatlichen Rechts, die dafür in Betracht kommen, gehören dem Polizeirechte, dem Verfahren, dem Strafrechte an. Es sind durchwegs Normen zweiter Ordnung: sie rufen selbst weder gesellschaftliche noch auch staatliche Einrichtungen ins Leben, sie umgeben bloß die bereits bestehenden mit dem staatlichen Schutz.

In die Volkswirtschaft greift der Staat durch das staatliche Recht entscheidend ein, indem er wirtschaftliche Rechte begründet, die von der Ordnung der wirtschaftlichen Gütererzeugung und des Güteraustausches unabhängig sind. Auf jeder Stufe ganz überwiegend ein militärischer Verband, steht der Staat zur Volkswirtschaft im vorhinein in einem gewissen Gegensatze: er nimmt daran keinen tätigen Anteil — von seinen ziemlich unbeträchtlichen Leistungen als Grundbesitzer und industrieller Unternehmer kann wohl abgesehen werden —,

er verschafft sich die wirtschaftlichen Güter, deren er bedarf, nur mittelbar aus dem Ertrage fremder Wirtschaften. Das ist der ganze Inhalt des staatlichen Finanzrechts: der Staat bestimmt damit, wie viel er, gestützt auf seine Machtmittel, aus dem Ertrage der Volkswirtschaft für sich anspricht. Selbst wenn der Staat in einem privatwirtschaftlichen Vertrage sich zu einer Leistung verpflichtet, so muß er diese doch fremden Wirtschaften entnehmen, denn er hat keine eigene, immer abgesehen von dem Falle, daß er als Großgrundbesitzer oder Unternehmer handelt. Es wird selbstverständlich nicht bestritten, daß das, was der Staat dem Volke bietet, von der größten wirtschaftlichen Bedeutung ist oder wenigstens sein kann; aber es ist nicht Ergebnis einer wirtschaftlichen Tätigkeit. Daher kann der Staat auch wirtschaftliche Rechte nur in der Weise begründen, daß er, gestützt auf seine Machtmittel, bereits vorhandene wirtschaftliche Werte anders verteilt, als dies durch die bloße Wirkung wirtschaftlicher Tätigkeit geschehen würde, oder einen Wert, der bereits erzeugt ist oder erzeugt werden soll, aus einer Wirtschaft in eine andere weist. In einer solchen Verteilung oder Übertragung wirtschaftlicher Werte durch den Staat besteht das staatliche Eigentum, das staatliche Erbrecht der Seitenverwandten, staatliche Renten und staatliche Privatmonopole, und die Wirkung staatlicher Verbote im Gemeinschaftsrecht, Sachenrecht, Vertragsrecht, Erbrecht.

Die Besitzordnung ist wirtschaftlichen, nicht staatlichen Ursprungs, sie ist also ein Werk der Gesellschaft, nicht des Staats. Die Eigentumsordnung kommt dagegen überwiegend von der Jurisprudenz: sie enthält die Entscheidungsnormen, die bestimmen, wer im Rechtsstreit über den Besitz obsiegen soll, wem die staatlichen Gerichte Schutz gewähren sollen. Soweit sich dieser Schutz unmittelbar an die Besitzordnung anschließt, soweit der Staat also nicht mehr tut, als daß er die Besitzordnung, so wie sie in der Gesellschaft entstanden ist, zur Geltung bringt, sind auch die Rechtssätze, nach denen das geschieht, nicht staatliches, sondern gesellschaftliches Recht, und zwar Juristenrecht. Staatlich ist dagegen der erhöhte Frieden, den der Staat der Besitzordnung gewährt, durch das Strafrecht, durch die Polizei, durch das Verfahren. Es hat daher am Recht des Besitzes und des Eigentums die Gesellschaft, die Jurisprudenz und der Staat einen Anteil: Der Besitz ist die gesellschaftliche Verfassung, das Eigentum ist der Inbegriff der Entscheidungsnormen des Juristenrechts, nach denen der Besitz durch die Gerichte erhalten, der gestörte hergestellt, der verlorene wiederlangt wird, der erhöhte Frieden ist staatliches Recht.

Im römischen Rechte und den von ihm stammenden Tochterrechten ist das Verhältnis verdunkelt durch die Zweiteilung des

Besitzesschutzes in einen Eigentumsschutz und einen eigentlichen Besitzesschutz. Der Sinn dieser Zweiteilung ist, daß ein endgültiger Schutz nur einem besonders qualifizierten Besitze, dem Eigentum, gewährt wird, außerdem aber ein vorläufiger, überwiegend polizeilicher Schutz jedem Besitze, auch dem ganz unwirtschaftlichen des Diebes und des Räubers. Überdies wird jeder Schutz versagt gewissen Arten des Besitzes, die wirtschaftlich wohl begründet sind, besonders dem des Mieters und Pächters, die beide auf die Vertragsklage angewiesen sind. Nach der römischen Terminologie, der die heutige festländische folgt, ist Eigentum nicht, wie etwa in der englischen und skandinavischen, im allgemeinen jeder rechtlich geschützte Besitz, sondern nur der durch besondere Rechtsmittel (Eigentumsklage, Eigentumseinrede) geschützte Besitz. Aber außerdem genießt fast jeder Besitz einigen Rechtsschutz, und der gutgläubige Besitz hat (publicianische) Rechtsmittel, die denen des Eigentums nachgebildet sind. Der privatrechtliche Schutz der wirtschaftlichen Verfassung ist daher außerordentlich formenreich, und das erschwert nicht wenig das Verständnis seiner gesellschaftlichen Zusammenhänge.

Über die historischen Gründe der römischen Zwei- und Dreiteilung sind wir nicht unterrichtet. Aber schon Jhering hat mit bewunderungswürdigem Scharfsinn bewiesen, daß der Besitz bei den Römern nur ein Vorwerk des Eigentums war, und daß der Besitzesschutz nur dem bessern Eigentumsschutz zu dienen hatte. Versteht man unter Besitz die wirtschaftliche Verfassung, unter Eigentum die Entscheidungsnormen, nach denen sie aufrechterhalten und wiederhergestellt wird, dann bedeutet die Lehre, daß der Besitzesschutz den Zwecken des Eigentumsschutzes diene, offenbar nur, daß Besitz- und Eigentumsschutz der wirtschaftlichen Verfassung dienen und nur durch einzelne Voraussetzungen und Wirkungen der Rechtsmittel sich unterscheiden. Jhering hat auch wohl bereits den Grund gefunden, warum der Besitzesschutz beim Mieter und Pächter versagte: er liegt in der tatsächlichen Hörigkeit dieser Besitzer bei den Römern. Der Schutz, den der unwirtschaftliche Besitz des Diebes und Räubers, selbst gegen den Bestohlenen und Beraubten, genoß, war wohl nie etwas anderes als Schulweisheit. Der endgültige Besitzesschutz kommt dagegen als Eigentumsschutz, wenigstens im entwickelten römischen Rechte jedem wirtschaftlich, und sei es auch mit einer leichten Störung der wirtschaftlichen Ordnung, erworbenen Besitze zu (bonitarisches Eigentum), nach Ablauf einer kurzen Ersitzungsfrist auch gegen den Gestörten.

Andere Rechtssysteme, vor allem das mittelalterliche germanische, das heutige englische und skandinavische, unterscheiden dagegen gar nicht zwischen Besitz- und Eigentumsschutz; jedem wirtschaftlichen Besitzer stehen dieselben Rechtsmittel zur Verfügung, und für beweg-

liche Sachen gilt das auch nach heutigem deutschen und französischen Rechte. Das ist wohl der beste Beweis, daß die römische Zweiteilung nur auf einer Zweiteilung der Rechtsmittel, nicht auf einer Verschiedenheit des geschützten Rechtsguts beruht. Oft wurde schon die Frage aufgeworfen, ob bei einem so raschen Verfahren, wie es das heutige österreichische ist, die Zweiteilung noch gerechtfertigt erscheint.

Neben diesem gesellschaftlichen Eigentum, das bloß in dem staatlichen Schutz der wirtschaftlichen Verfassung besteht, gibt es aber auch ein rein staatliches Eigentum, daß bloß durch den Willen des Staates, von der wirtschaftlichen Verfassung unabhängig, entsteht und besteht. Der Staat kann denselben Schutz, den er dem Besitzer gewährt, auch dem gewähren, der keinen Besitz hat und ihn nie wirtschaftlich erworben hat, indem er unabhängig von irgend welchen wirtschaftlichen Voraussetzungen seinen Behörden aufträgt, dem so Begünstigten den Besitz erst zu verschaffen, ihn sohin im Besitze zu erhalten und Angriffe darauf abzuwehren; er wird dann selbstverständlich auch die Gerichte anweisen, im Rechtsstreite für den zu entscheiden, den er so zum Eigentümer gemacht hat. Der wichtigste Fall ist der des Großgrundbesitzes und der Grundentlastung.

Das Grundeigentum des Bauern ist bloß wirtschaftlich, ohne den Staat und außerhalb des Staates, zum großen Teile sogar vor dem Staate entstanden; der Großgrundbesitz dagegen, abgesehen von den seltenen und in der entfernten Vergangenheit kaum je vorkommenden Fällen des Aufkaufs bäuerlicher Liegenschaften, verdankt seinen Ursprung dem Staate. Der Großgrundbesitz ist im Gegensatz zum wirtschaftlichen Eigentum des Bauern ein politisches, mit den Machtmitteln des Staates hergestelltes Eigentum der herrschenden Klasse. Er ist daher in letzter Linie nur der rechtliche Ausdruck der politischen Herrscherstellung. Wenn der populus Romanus sich das Eigentum des solum provinciale zusprach, der König von England sich als Eigentümer des ganzen Bodens von England erklärte, so bedeutet das, daß sie kraft des Rechts des Eroberers nach Willkür darüber verfügen wollen. Der Grundsatz: nulle terre sans seigneur spiegelt nur die Tatsache wieder, daß es den staatbeherrschenden Mächten, dem Könige und dem Adel, jetzt gelungen ist, den Widerstand des bäuerlichen Grundbesitzes zu brechen. Und ebenso war es stets nur Ausfluß der staatlichen Machtstellung, wenn der König seine Großen mit herrenlosen oder auch mit besiedelten Ländereien belehnt. Und nichts anderes ist es, wenn im Mittelalter Grafen und Fürsten sich Rechte an Wald, Flüssen und Bergwerken aneignen, wenn sie ihre Untertanen zwingen, ihr Eigentum von ihnen als Lehen zu empfangen. Und ohne Beihilfe der staatlichen Macht, die nur der im Staate herrschenden Klasse zuteil wird, ist wohl zu keiner Zeit das Bauern-

legen in größerem Umfange gelungen. Zuweilen genügte schon der rein formale Ausspruch der Staatsgewalt, jemand als Grundeigentümer behandeln zu wollen, um ihn zum Eigentümer zu machen. Einer der berühmtesten Fälle dieser Art ist die Entstehung des Großgrundbesitzes im schottischen Hochland. Als die Engländer nach der Schlacht bei Culloden daran gingen, die alte Clanverfassung der Gälen zu zerstören, taten sie es so, daß sie einfach die Clanhäuptlinge für Eigentümer des ganzen, bisher eine Gemeinschaft bildenden Stammesgebietes, erklärten. Der Großgrundbesitz in Bengalen geht auf einen Irrtum der Engländer zurück, die im XVIII. Jahrhundert die Grundsteuer für einen Pachtzins und die grundsteuerpflichtigen Bauern für Pächter der Maharadschah gehalten haben.

Die Entstehung des Großgrundbesitzes durch staatliche Einflüsse ist in seiner Natur durchaus unzweideutig. Indem der Staat den Großgrundbesitz schuf, handelte er nur als Verband des mächtigen kriegerischen Adels. Der einzelne Adelige, dem unermeßliche Ländereien von Staatswegen gewährleistet oder verliehen worden sind, fand bei seinen als Staat verbundenen Genossen einen Rückhalt für seine Aneignungsbestrebungen, der ihm gelegentlich sehr nützlich werden konnte. Aber die Aneignung selbst war seine eigene Tat. Ohne eigene Machtmittel, nur mit einer staatlichen Verleihungsurkunde in der Hand, hätte sich niemand des Besitzes unterfangen, noch auch darin erhalten können. Die Sache liegt hier nicht anders, als wenn sonst jemand dafür, was er beabsichtigt, sich der Hilfe der mit ihm im Nahverbande Stehenden versichert.

Der staatliche Großgrundbesitz hat an sich noch keinen wirtschaftlichen Inhalt. Der Staat vermag durch seine Machtsprüche keiner Wirtschaft Leben einzuhauchen. Was bedeutet die staatliche Bodenverleihung? Doch nur die Zusage staatlicher Hilfe, um in den Besitz des verliehenen Bodens zu gelangen, staatlicher Abwehr fremder Angriffe auf den verliehenen Besitz, und staatlicher Unterstützung, um dem Boden eine Rente abzugewinnen. Das ist bei dem in der Regel noch schwachen jungen Staate nicht viel, aber dem mächtigen Herrn genügt es, um jetzt durch seine eigene Kraft die bisherigen Eigentümer in Pächter oder Hörige zu verwandeln, und sich so einen Anteil am Ertrage ihrer Wirtschaft, technisch volkswirtschaftlich gesprochen, die Bodenrente zu sichern. Werden wüste Ländereien vergeben, so ist das nur eine Anweisung auf das, was der Empfänger durch eigene wirtschaftliche Arbeit oder sonstige wirtschaftliche Tätigkeit, etwa durch Besiedlung, herauszuschlagen vermag.

Die Grundentlastung ist das Gegenspiel der Verleihung: es werden die durch die eigenen Machtmittel des Adels und den Staat geschaffenen Titel auf die Bodenrente aufgehoben. Es wurden zahlreiche Grund-

entlastungen schon im Altertum vorgenommen, so bei den Römern eine allerdings nicht ausdrücklich bezeugte, etwa im IV. Jahrhundert der Stadt, wenigstens in der nächsten Umgebung Roms. In England fand sie eine unvollständige im Jahre 1660 (12. Car. II.), in Frankreich nach mehreren früheren Anläufen endgültig im Jahre 1789, im übrigen Europa im Laufe des XIX. Jahrhunderts fast überall statt.

Sobald der Staat zur Bauernbefreiung und Grundentlastung schreitet, liegen die Verhältnisse ganz anders als bei der Bodenverleihung. Bei den Grundentlastungen der Neuzeit, die wir besser kennen, ist die treibende Kraft ein mächtiges städtisches Bürgertum, das zum Staat in eine unmittelbare Beziehung tritt; der Staat ist nicht mehr bloß eine Organisation des grundbesitzenden Adels. Das Bürgertum hat ein lebhaftes Interesse an der Befreiung der Bauernschaft, weil diese damit in den allgemeinen Verkehr, in die Geld- und Kreditwirtschaft hineingezogen wird, und weil dadurch der Vorherrschaft des Adels im Staate gesteuert wird. Der König wird vom Adel unabhängig, da er sich bereits ein stehendes Heer geschaffen hatte und daher nicht mehr auf den Heeresdienst des Adels angewiesen ist: er beginnt den Staat selbst durch die nur von ihm abhängigen Beamten zu verwalten. Das Königtum wünscht im Interesse seiner eigenen Macht das Land wirtschaftlich zu heben, und die neuere Volkswirtschaftslehre, aus dem städtischen Bürgertum hervorgegangen, zeigt den Weg dazu: Hebung des Handels und Gewerbes durch Befreiung der wirtschaftlichen Kräfte von den feudalen Fesseln. Die neu entstandene Landwirtschaftswissenschaft lehrt, daß ein Fortschritt in der Landwirtschaft mit der feudalen Bodenverfassung unverträglich ist. Der Adel selbst verliert langsam das Interesse an der Hörigkeit der Bauern, da er sich von der Unergiebigkeit der unfreien Arbeit überzeugt und ihm die Ablösung der Lasten in Geld bei den veränderten wirtschaftlichen Verhältnissen sehr willkommen ist. So vollzieht der Staat mit der Bauernbefreiung nur das, was durch die allgemeine wirtschaftliche Lage geboten erscheint. Sowohl das staatliche Eigentum des Großgrundbesitzers als auch die Grundentlastung wird daher in letzter Linie doch durch gesellschaftliche Kräfte bewirkt. Abgesehen von der Grundentlastung ist kleiner Grundbesitz nur selten durch staatliche Tätigkeit entstanden: während der französischen Revolution durch die staatlichen Verkäufe der konfiszierten Güter, hier und da durch staatliche Besiedelung.

Das Erbrecht der Seitenverwandten ist wohl überall durch Entscheidungsnormen geschaffen worden, die vom Staate schon sehr früh in sein Recht übernommen und ausgestaltet worden sind. Die ganze Entwicklung ist aus dem Grunde noch sehr wenig geklärt, weil die rechtsgeschichtliche Forschung den Zusammenhang des Erbrechts mit

der staatlichen Heeresverfassung regelmäßig übersieht. Wenn in der Urzeit der Nachlaß des vereinzelt Verstorbenen, zu keiner Sippen- oder Familiengemeinschaft gehörenden Menschen herrenlos wurde, und daher dem verblieb, der sich seiner bemächtigte, so fiel das leicht ins Gewicht, so lange vereinzelt lebende Menschen selten waren, und bei der Einfachheit der wirtschaftlichen Verfassung, die mit der Herrenlosigkeit verbundene Zerstörung wirtschaftlicher Werte keine große Einbuße bedeutete. Als sich das aber änderte, mußte für erblose Verlassenschaften von staatswegen gesorgt werden. Im antiken Staate sind die Bürgerstellen zugleich Kriegerlose, nach dem unbeerbten Tode des Bürgers werden seine Seitenverwandten berufen, damit sich die Zahl der Waffenfähigen nicht vermindere. Im Lehnsstaate muß das erledigte Lehen vergeben werden, weil sonst der Herrendienst leiden würde. Wenn es daneben im Lehnsstaate überdies noch ein Erbrecht der Seitenverwandten, mit Vorzug der männlichen, gibt, so ist es zunächst ein Überbleibsel aus der Zeit der allgemeinen Heerespflicht der Freien, und muß sich dann, gegen den Willen der Könige, aufs neue durchsetzen. Zu festen Grundsätzen, an welche Seitenverwandten das Lehen zu vergeben ist, gelangt man erst sehr allmählich. Diese Entwicklung ist wenigstens für Deutschland, Frankreich, England und Italien in großen Zügen bekannt.

So kommt es bei den Slaven im Laufe des XIV. Jahrhunderts überall zum Erbrecht der Seitenverwandten, wie es bei den Römern und Germanen wohl schon in vorhistorischer Zeit entstanden ist: nur vollzieht es sich hier vorwiegend auf Kosten des bereits ausgebildeten Heimfallsrechtes der Fürsten und adeliger Grundbesitzer. Aus dem Gesetzbuch des Zaren Duschan ist der Übergang sehr deutlich zu entnehmen. Art. 41 bestimmt: „Welcher adelige Grundbesitzer kein Kind hat oder aber ein Kind bekommen hat, das stirbt, so bleibt sein ererbtes Gut erblos, bis sich von seinem Stamme jemand findet, bis zum dritten Bruderkinde; dieser soll von ihm erben.“ Wie diese Bestimmung sich schon in ihrem Wortlaute als Neuerung gibt, darauf soll hier nur hingewiesen werden. Dazu Art. 48: „Stirbt ein adeliger Grundbesitzer, so gehört sein gutes Roß und seine Rüstung dem Zaren, das große perlenbesetzte Festkleid und der goldene Gürtel dem Sohn, und der Zar soll es ihm nicht nehmen; hat er keinen Sohn, so soll es die Tochter haben, die darüber verfügen darf.“

Staatliche Renten sind die Zahlungen des Staates an die Staatsgläubiger, die Gehalte der Beamten, die Ruhegenüsse der Beamten und ihrer Angehörigen, in frühern Jahrhunderten spielten auch Zahlungen an sonst vom Staate begünstigte Personen eine große Rolle. Zahlungen aus der Staatskasse bedeuten einen dem Privaten zugeeigneten Anteil am Ertrage der Volkswirtschaft, den der Staat

bereits für sich in Anspruch genommen hatte. In der Periode der Naturalwirtschaft hat der Staat den Berechtigten in der Regel angewiesen, sich unmittelbar die Rente beim Verpflichteten zu holen.

Staatliche Privatmonopole waren einst hauptsächlich die Bannrechte, jetzt sind es die Urheberrechte; auch das Einkommen gewisser vom Staate begünstigter Berufe gehört zum Teile hierher. Der Staat verbietet die Ausübung eines Gewerbes ganz allgemein und nimmt den Begünstigten vom Verbote aus. Dadurch ist dem Berechtigten zunächst nur eine wirtschaftliche Betätigung gestattet, für die er an sich der Mitwirkung des Staates nicht bedarf; aber infolge des staatlichen Verbotes ist es ihm möglich, die Erzeugnisse seiner Wirtschaft oder seine Dienste zu einem höhern Preise zu veräußern, als ihr wirtschaftlicher Wert beträgt. Dieser Überschuß ist der Monopolgewinn, den er aus fremden Wirtschaften erhält. Die staatlichen Monopole sind daher ebenso sehr ein Werk der Gesellschaft wie des Staates. Das wirtschaftliche Unternehmen, die Erfindung ist vom Staate unabhängig entstanden. Vom Staate rühren nur die Normen zweiter Ordnung, des Strafrechts, des Polizeirechts, des Verfahrens, her, durch die er, mit Hilfe seiner Gerichte und Behörden, den Wettbewerb ausschließt.

Endlich greift der Staat durch seine Gerichte und Behörden mit Beschränkungen der freien Betätigung ein. Er verbietet Gemeinschaften oder löst sie auf, insbesondere auch gewisse Familienbeziehungen (nichtige und strafbare Ehen), er enteignet und beschränkt das Eigentum, er verbietet, bestraft, vernichtet Verträge, er verweigert letztwilligen Anordnungen die Anerkennung durch Gerichte und Behörden, vernichtet sie allenfalls selbst, er hat wenigstens in der Vergangenheit nicht nur durch verweigerten Rechtsschutz bestehende Unfreiheiten aufrechterhalten, sondern auch durch das Maß, in dem er Rechtsschutz gewährte oder verweigerte, auf den Inhalt der Unfreiheit eingewirkt, sie schließlich durch von ihm ausgehende Maßregeln aufgehoben. Gerade hier arbeitet der Staat hauptsächlich mit Entscheidungsnormen, und im wesentlichen in derselben Weise wie die Jurisprudenz.

Faßt man den Einfluß des staatlichen Rechts auf den Rechtszustand im Laufe der bisherigen historischen Entwicklung zusammen, so besteht er im wesentlichen in folgendem: Der Staat hat im Staatsrechte und im Behördenrechte sich und seinen Behörden ein eigenes Recht gegeben. Er hat die verschiedenen, auf seinem Gebiete befindlichen Menschengruppen zu einem Staatsvolk zusammengeschweißt, und so nach vielen Richtungen eine einheitliche Rechtsentwicklung eingeleitet. Er hat durch seine Gerichte und Behörden, mit Hilfe seiner Normen zweiter Ordnung, des Strafrechts, Polizeirechts, Prozeß-

rechts, den staatlichen und gesellschaftlichen Einrichtungen einen erhöhten Frieden gewährt. Er hat das staatliche Eigentum begründet, das Erbrecht der Seitenverwandten ermöglicht. Er hat Renten und Monopole ins Leben gerufen. Er hat durch seine Verbote und Beschränkungen gesellschaftliche Einrichtungen, das Gemeinschaftswesen, Herrschaften, Eigentum, Besitz, Vertrag, Erbgang, mächtig beeinflußt.

Auf der vom Staate geschaffenen Grundlage baut in der Folge die Gesellschaft weiter fort. Die Gemeinschaften, Herrschafts- und Besitzverhältnisse, Verträge, Satzungen, letztwillige Erklärungen ordnen sich zum Teile wenigstens nach den Weisungen der Behörden, nach der Art und dem Maße des Schutzes, den sie bei den Gerichten und den Behörden finden können, oder treffen besondere Anstalten, um den Hindernissen und den Fußangeln, die diese ihnen legen, zu entgehen. So ist der schließliche Rechtszustand ein Ergebnis des Zusammenwirkens, Ineinanderwirkens und Gegeneinanderwirkens von Staat und Gesellschaft. Und so kann auch staatliches Recht zum Juristenrecht führen.

Ist das staatliche Recht wirklich ins Leben gedrungen, hat es hier gestaltend gewirkt, so werden sich die Juristen nicht mehr mit dem Wortlaute des Gesetzes, sondern mit den unter seinem Einflusse entstandenen Lebensformen befassen; die Verallgemeinerungen, zu denen sie dabei gelangen, die Normen, die sie finden, werden selbstverständlich Juristenrecht sein. Das war in Rom bei der Lex Falcidia, beim SC. Vellejanum der Fall, und ist auch seither unzählige Male vorgekommen. Der Statute of Frauds beherrscht so sehr den englischen Verkehr, daß ihn die Engländer, obwohl er bereits längst veraltet ist, doch nicht ändern wollten, sondern teilweise wörtlich in den Sale of Goods Act v. J. 1893 aufgenommen haben. Da das deutsche Testament von dem römischen stammt, so wurde mit ihm zusammen auch die lex Falcidia aufgenommen, und ist so in demselben Maße wie das Testament lebendes Recht in Deutschland geworden. Bekannt und vielfach gewürdigt ist diese Bedeutung des kanonischen Wucherverbots. Das kanonische Wucherverbot hat alle Merkmale eines staatlichen Rechts. Denn die Kirche, die es erlassen hat, war ein staatsartiges Wesen, und so wie sonst der Staat, in diesem Falle ein Organ der Gesellschaft für Zwecke der Rechtsbildung. In ihren eigenen Gerichten und in ihrem Einflusse auf die staatlichen Gerichte hatte sie auch dieselben Mittel wie ein Staat, ihr Recht durchzusetzen.

Man wird daher nach alledem den Anteil des Staates an der Rechtsbildung ziemlich bescheiden nennen müssen. Und doch stehen wir alle im Banne der Vorstellung von der Allmacht des Staates,

und diese hat zweifellos bei uns eine Reihe von gesellschaftlichen Gedankengängen ausgelöst, die, wenn auch historisch bedingt, und damit vielleicht in einer nicht vorauszubestimmenden Zukunft dem Untergange geweiht, doch in unserer Zeit die ganze gesittete Menschheit beherrschen. Das ist vor allem der Gedanke, daß die staatliche Gesetzgebung die höchste Macht in der modernen Gesellschaft bildet und daß ein Widerstand dagegen unter allen Umständen verwerflich ist; daß es auf dem Staatsgebiete kein Recht geben kann, daß dem Gesetze widerspreche, und daß der Richter, der sich bei der Ausübung seines Amtes über das Gesetz hinweggeht, sich einer groben Pflichtverletzung schuldig macht. Die soziologische Rechtswissenschaft, die, wie jede Wissenschaft, die Tatsachen bloß zu verzeichnen, nicht zu bewerten hat, kann daher für die Entwicklungsstufe, auf der sich die Menschheit jetzt befindet, unmöglich, wie man geglaubt hat, zu einer Lehre führen, die den Richter zu einer Verletzung seines Richtereides verleitete. Und wenn sie doch nicht umhin kann, festzustellen, daß der Richter in Ausübung seines Amtes häufig unbewußt, manchmal aber auch bewußt, unter der Herrschaft anderer Mächte steht, als bloß der des Gesetzes, so hat sie damit wieder nur pflichtgemäß eine Tatsache verzeichnet, nicht aber bewertet.

Aber die grundlegenden gesellschaftlichen Einrichtungen, die verschiedenen Rechtsverbände, zumal die Ehe, die Familie, die Sippe, die Gemeinde, die Gilde, die Herrschafts- und Besitzverhältnisse, das Erbe und die Rechtsgeschäfte, entstanden ganz oder zum großen Teile unabhängig vom Staate. Der Schwerpunkt der Rechtsentwicklung lag seit jeher nicht in der Staatstätigkeit, sondern in der Gesellschaft selbst und ist auch in der Gegenwart dort zu suchen. Das gilt nicht bloß von den Rechtseinrichtungen, sondern auch von den Entscheidungsnormen. Die große Masse der Entscheidungsnormen wurde immer nur entweder durch die Wissenschaft und die Rechtspflege aus den gesellschaftlichen Einrichtungen abgezogen oder von ihnen frei gefunden; und auch die staatliche Gesetzgebung vermag sie meistens nur in Anlehnung an die gesellschaftlichen Einrichtungen und in Nachahmung wissenschaftlicher und richterlicher Methoden zu finden.

XVII.

Die Wandlungen des Rechts in Staat und Gesellschaft.

Und nun möge es gestattet sein, auf eine der beliebtesten Fragen der juristischen Metaphysik einzugehen: ob sich heutzutage das Recht nur durch Gesetz oder auch durch „Gewohnheitsrecht“ fortbilde, ob es in der Gegenwart noch „Gewohnheitsrecht“ gebe und ob das „Gewohnheitsrecht“ durch Gesetz ausgeschlossen werden könne. Alle diese Fragen werden von selbst gegenstandslos, wenn man unter der Entstehung und Fortbildung des Rechts das versteht, was darunter verstanden werden soll: die Entstehung und Umbildung gesellschaftlicher Einrichtungen. Daß der Staat hier, wie auch anderwärts, so manches durch unmittelbare Eingriffe und durch Entscheidungen seiner Behörden veranlassen und vereiteln kann, ist allerdings zweifellos. Daß er jedoch die ganze gesellschaftliche Entwicklung weder in Bewegung setzen noch zum Stillstand zu bringen vermag, daß wenigstens in einer fortschreitenden Gesellschaft jederzeit neue Einrichtungen entstehen und die bestehenden sich entwickeln, was immer der Staat darüber bestimmt, das ist doch ebenso unbestreitbar.

Ein Blick auf die Rechtsgeschichte zeigt, daß es auch zu einer Zeit, da der Staat sich der Gesetzgebung bereits bemächtigt hatte, nie an großen Rechtsänderungen gefehlt hat, die durch kein Gesetz veranlaßt worden sind. Die Sklaverei ist im Laufe des Mittelalters aus ganz Europa verschwunden, der Bauer wurde seit dem XIV. Jahrhundert in England immer freier und ist in Deutschland immer fester gekettet worden, die Großindustrie hat seit dem XVIII. Jahrhundert überall, wo sie entstanden ist, unzählige neue Vertragsarten, dingliche Rechte, Nachbarrechte, Erbformen gezeitigt, sogar ins Familienrecht eingegriffen. In den sich so schön entwickelnden Villenstädten unserer Zeit ist die Dienstbarkelt des Villenbaues entstanden. Die Elektrizitätswerke haben sich neue Arten dinglicher Rechte, so unter andern Stromleitungsrechte, und neue Arten des obligatorischen Vertrages, so unter andern den Stromlieferungsvertrag geschaffen. Das sind doch zweifellos Änderungen des Rechts, und zum Teile sogar solche, von denen die Geschichte viel zu laut berichtet, als daß sie jemand überhören

könnte. Es genügt aber vielleicht, sich einige Bilder aus der eigenen Jugendzeit ins Gedächtnis zu rufen, um die vielberufene Frage, „ob heutzutage noch neues Gewohnheitsrecht entstehe", zu beantworten. Die heutige Familie ist nicht die, in der wir unsere Jugend verlebten, die heutige Ehe nicht die, für die wir als Jünglinge schwärmten, Handel und Wandel sind anders geworden, ganz andere Käufe, Mieten, Pacht-, Dienst- und Lohnverträge als einst, werden jetzt abgeschlossen, anders als dazumal steht heute der Herr dem Diener, der Unternehmer dem Arbeiter, der Erzeuger dem Kunden gegenüber, Aktiengesellschaften, Transportunternehmungen, Genossenschaften, Banken, Börse, Terminhandel sind kaum noch wieder zu erkennen, und wo waren vor wenigen Jahrzehnten Trusts, Kartelle, Gewerkvereine, Massenausstände und Tarifverträge? Gewiß hat noch keine Zeit so rasch gelebt wie die unsrige, noch nie war der Abstand zwischen Vater und Sohn in Denken, Empfinden, in Tun und Lassen so beängstigend groß wie heute. Das sind doch neue Lebensformen, zum Teile von Grund aus veränderte Formen des ganzen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Lebens, also ein neues Recht.

An all dem ist der Staat offenbar gar nicht beteiligt. Das Recht ändert sich, weil sich die Menschen und die Dinge ändern. Um ein bereits von Spencer gebrauchtes Bild zu wiederholen: man kann Kanonenkugeln wohl zu einer Pyramide oder einem Tetraeder zusammenhäufen, aber man kann unmöglich Kanonenkugeln senkrecht aufeinanderlegen, so daß sie eine Wand bilden würden; man kann aus gut gebrannten, harten und scharfwinkeligen Ziegeln auch ohne Mörtel eine senkrechte Wand aufbauen, nicht aber sie zu einer Pyramide gleich Kanonenkugeln aufschichten; in diesem Sinne werden die Eigenschaften eines zusammengesetzten Körpers stets durch die Eigenschaften seiner Einheiten bestimmt werden, und die Eigenschaften eines menschlichen Verbandes durch die Eigenschaften seiner Angehörigen. Es gibt keine zwei Ehen und keine zwei Familien, in denen dieselbe Ordnung herrschte, einfach deswegen, weil es auf der Welt keine zwei ganz gleichen Ehepaare und auch nicht zweimal ganz gleichgeartete Eltern und Kinder gibt. Das Familienrecht der Römer oder der Deutschen der fränkischen Zeit war die allgemeine Ordnung in der römischen und in der fränkischen Familie, die sich nicht aus dem römischen und fränkischen Familienrechte, sondern unmittelbar aus den Eigenschaften und den Bedürfnissen der Menschen ergab, die in diesen Familien lebten. Wären die Augen des Juristen ebenso geschärft, seine eigene Zeit zu beobachten, wie die der Rechtshistoriker für vergangene Jahrhunderte und Jahrtausende eingerichtet sind, so könnte er es unmöglich übersehen, daß auch unser modernes Familienrecht in erster Linie eine Ordnung

ist, die aus den Bedürfnissen der Menschen, die in den Familien leben, nicht aus den Vorschriften der Gesetzbücher hervorgeht und daß sie sich mit diesen Bedürfnissen ändert und entwickelt. Das, was von der Familie gesagt worden ist, gilt selbstverständlich von jedem anderen Verbande, vom Staate und der Gemeinde, von der Arbeitsgemeinschaft in Werkstätte und Fabrik, von der Volkswirtschaft und der Weltwirtschaft: überall hängt die Gestalt des Ganzen von der Natur der Bestandteile ab, aus denen es zusammengesetzt wird. Ändern sich aber mit der Zeit die Menschen, so ändert sich mit der Zeit auch ihr Recht. Der große Irrtum der Juristen, selbst der aus der historischen Schule, besteht darin, daß sie immer nach der Entwicklung der Rechtssätze fragen. Sie mögen sich nur daran gewöhnen, die Entwicklung der Rechtsverhältnisse und der Rechtseinrichtungen zu sehen, und dann werden sie auch bemerken, wie sich die Rechtssätze, auch ohne daß sich ein Beistrich daran geändert hätte, mit ihnen entwickelt haben. Alle geschichtliche Entwicklung des Rechts beruht darauf, daß die Menschen und ihre Beziehungen zueinander in jeder Zeit von so ausgeprägter Eigenart sind, daß sie so, wie sie einmal sind, nur zu ihrer Zeit möglich sind und daher im Flusse der Zeiten einem ewigen Wandel unterliegen. In der kurzen Spanne unseres Lebens ist der Wandel in der Regel nicht groß genug, um stark aufzufallen, obwohl es immer alte Leute gibt, die zu erzählen wissen, wie alles in ihrer Jugend ganz anders gewesen ist. Aber im Laufe der Geschichtsentwicklung summieren sich die kleinen Änderungen zu ungeheueren Massen. Der Abgrund, der zwischen der Rechtsordnung des Mittelalters und der Neuzeit klafft, so ungeheuer er uns auch erscheint, ist doch nur durch Anhäufung kleiner gesellschaftlicher Änderungen entstanden, deren Tragweite wahrscheinlich von keinem der Zeitgenossen geahnt worden ist.

Das, was in erster Linie einem ewigen Wechsel unterworfen ist, das ist das Kräfteverhältnis der Verbände selbst, das Kräfteverhältnis der Einzelnen, die demselben Verbande angehören, das Kräfteverhältnis der Verbände, die zusammen einen Verband höherer Ordnung bilden. Und jede Änderung im Kräfteverhältnis hat notwendig einen Wandel in den gesellschaftlichen Normen zur Folge, die im Verbande herrschen. Denn die Verbände einen ihre Angehörigen für gemeinsame Ziele, und die von ihnen ausgehenden Normen sind zunächst nur ein Ausdruck dessen, was die Gemeinschaft von den ihr angehörenden Einzelnen und Gruppen, nach den in ihr herrschenden, vielleicht ungerechtfertigten, Ansichten und Stimmungen, im Interesse des Ganzen fordern zu können glaubt. Aber der Einzelne in einem Verbande lebt auch sein eigenes Leben mit eigenen Zielen, nimmt wohl auch in einer irgendwie entwickelteren Gesellschaft an mehreren Verbänden teil, die

an ihn verschiedene und vielleicht widerstreitende Ansprüche stellen. Die Normen der Gemeinschaft sind daher nicht nur die Summe, sondern auch die Grenze dessen, was die Gemeinschaft vom Einzelnen fordern kann, ein Ausgleich zwischen den Ansprüchen der Gesamtheit an den Einzelnen und des Einzelnen an die Gesamtheit, und dieser Ausgleich verschiebt sich notwendig fortwährend, sowie die Kräfte im Innern des Verbandes ihr Maß oder ihre Wirkungen ändern.

In meiner Schrift über die Rechtsfähigkeit habe ich ausgeführt, wie die bloße Tatsache, daß die geschlossene Hauswirtschaft im Laufe des letzten Jahrhunderts langsam verschwindet, das ganze Familienrecht auf eine neue Grundlage stellen mußte. Solange die Hauswirtschaft in der Hauptsache alles erzeugt, was die Hausgenossen brauchen, bleiben die Familienmitglieder im Hause, es hat jeder einen seiner Kraft und seiner Stellung entsprechenden Wirkungskreis und ist versorgt mit dem meisten, was er braucht, um sein Leben zu fristen. Die Auflösung der Hauswirtschaft wirft die Familiengenossen aus dem Hause, nötigt sie, ihr Brot in der Welt zu suchen, und aus dem Ertrage ihrer Arbeit das, was sie fürs Leben brauchen, draußen auf dem Markte anzuschaffen. Denn die Güter werden jetzt nicht mehr im Hause erzeugt, sondern in der Fabrik, in der Werkstätte, in einer fremden Landwirtschaft. Diese wirtschaftliche Selbständigkeit dem Hause gegenüber zieht aber auch die rechtliche Selbständigkeit dem Familienvorstande gegenüber nach sich; der wirtschaftliche Kampf, den jeder Einzelne nunmehr außer dem Hause zu führen haben wird, gibt ihm auch die wirtschaftliche und geistige Unabhängigkeit, die es ihm möglich macht, seine rechtliche Unabhängkeit dem Hausvorstand gegenüber zu behaupten. Nirgends ist das schärfer hervorgetreten als im Rechte der Frau, die in der geschlossenen Hauswirtschaft einen Wirkungskreis hatte, der dem des Mannes ebenbürtig war und die ihn nun durch die moderne Arbeitsteilung, Geldwirtschaft und Kreditwirtschaft bis auf einen geringfügigen Rest verloren hat. Sie sucht daher in der Gegenwart ihren Wirkungskreis außer dem Hause und die Beschränkungen der Rechtsfähigkeit der Frauen, die noch das deutsche bürgerliche Gesetzbuch aus längst vergangener Zeit in die unserige hinübergerettet hat, werden daher zweifellos an diesen einfachen Tatsachen zerschellen. Das war bereits das Schicksal der gleichwertigen Bestimmungen des Code civil, der damit allerdings insofern Recht hatte, als zur Zeit, da er entstanden ist, die geschlossene Hauswirtschaft noch ziemlich lebendig war. Bekanntlich ist die verheiratete Französin durch den Code civil dem Namen nach ebensowenig wie in Deutschland, aber der Sache nach dort ebensosehr wie hier unter den gesetzlichen Güterständen, der eheherrlichen Gewalt

unterworfen und fast vollständig entmündigt: und doch bewegt sich die Frau kaum irgendwo freier und unabhängiger als in Frankreich. In seiner Schrift: La femme dans le ménage sagt nun darüber Binet: Les moeurs de notre pays nous offrent depuis longtemps le spectacle de l'épouse vaquant en toute liberté aux diverses opérations du ministère domestique, sans qu'il vienne à l'esprit de personne de lui demander de justification du consentement marital. Et ce n'est pas là un des moins remarquables exemples de l'antinomie apparente, si souvent signalée chez nous, entre la loi et les moeurs, entre le droit et le fait. Binet führt dazu die Worte von Tissier in einem Bericht über die Société d'études legislatives (1re année) an: Celui qui, sur le rôle de la femme mariée dans la famille en France, sur ses droits et ses pouvoirs concernant les intérêts pécuniaires du ménage, ne connaît que les textes de notre loi en a une idée certainement bien fausse, et on peut affirmer que ces textes ne sont plus en harmonie avec notre manière de penser, ni avec notre manière de vivre. Da ist doch zweifellos das Familienrecht des Code civil zum Teile durch neues „Gewohnheitsrecht" außer Kraft gesetzt.

Aus dem Vermögensrecht soll hier nur der Lieferungs- und Gattungskauf angeführt werden. Den Römern ist er noch unbekannt. Auch im deutschen Mittelalter findet er sich wenigstens im bürgerlichen Verkehre nicht. Wann er im Handelsverkehre zuerst erschienen ist, dürfte nicht leicht festzustellen sein; es ist aber bei der Eigenart des mittelalterlichen Handels wenigstens in Deutschland kaum anzunehmen, daß das vor der Aufnahme des römischen Rechts geschehen wäre: bis dahin ist die Ware regelmäßig vor Abschluß vom Käufer oder seinem Bevollmächtigten besichtigt worden. Mit dem Heranbruche der Neuzeit gewinnt er an Bedeutung und schon Ulrich Zasius widmet ihm eine seiner bekanntesten Abhandlungen. Seither wurde er immer mehr zu der den Handelsverkehr im Großen beherrschenden Geschäftsform. Nach irgendeiner gesetzlichen Vorschrift, die ihm ins Recht Eingang verschaffte und ihm seine heutigen sehr verschiedenen, zum Teile ungemein verwickelten Formen bestimmte, würde man selbstverständlich vergeblich suchen. Dieser Vertrag, der unserm ganzen Rechtsleben sein Gepräge aufdrückt, ist ohne irgend einen Rechtssatz aufgekommen, er verdankt das ausschließlich der Entstehung der Großindustrie, den regelmäßigen Briefpostverbindungen, den verbesserten Straßen, dem erleichterten Frachtenverkehr und schließlich seine besonders fein ausgebildete Gestalt den Eisenbahnen, der Schiffahrt, den Telegraphen. Ist das nicht neues „Gewohnheitsrecht"?

Jede Rechtsentwicklung beruht daher auf der gesellschaftlichen Entwicklung, und alle gesellschaftliche Entwicklung besteht darin, daß

sich die Menschen und ihre Verhältnisse im Laufe der Zeiten ändern. Andere Menschen werden in anderen Rechtsverhältnissen leben; und da die Rechtsverhältnisse zum großen Teile durch Rechtshandlungen begründet werden, so werden im Laufe der Zeiten auch neue Rechtshandlungen erscheinen und die alten verschwinden. Es werden insbesondere andere Verbände begründet, neue Arten von Verträgen abgeschlossen, neue Arten letztwilliger Erklärungen errichtet werden. Am sinnfälligsten muß das alles zutage treten im Inhalte der Urkunde. Die dem Rechtshistoriker längst geläufige Wahrheit, daß das lebende Recht einer Zeit den Urkunden entnommen werden muß, ist dem Juristen bisher nur selten zum Bewußtsein gekommen. Der Grund ist, weil er nicht das Recht, sondern überall nur den Rechtssatz sieht. Der Rechtssatz, der da lautet, daß Satzungen, Verträge, letztwillige Erklärungen unter gewissen Voraussetzungen rechtsverbindlich seien, ist derselbe geblieben bei allem Wechsel des Inhalts der Verträge, Testamente, Satzungen; und so glaubt der Jurist, daß sich auch am Rechte nichts geändert habe. Dann wäre aber nur das eine Änderung des Rechts, was sich aus dem Grundsatze der Vertrags-, Testaments- oder Satzungsfreiheit nicht genügend erklären ließe. Die Vertragsfreiheit, Testamentsfreiheit, Satzungsfreiheit ist jedoch nur Blankett oder Schablone. Und gerade deswegen, weil sie nur Blankett oder Schablone sind, geht die Rechtsfortbildung zwar in ihrem Rahmen, aber nicht durch sie vor sich. Vielleicht haben auch die römischen Pontifices, als sie zuerst das Testament in die Form einer mancipatio gekleidet haben, gemeint, sie hätten damit nur den Grundsatz der Vertragsfreiheit betätigt, nicht aber etwas am geltenden Recht geändert; und doch haben sie eine der folgenschwersten Neuerungen ins Recht eingeführt, die die Rechtsgeschichte kennt. Sie haben eben in den alten Rahmen ein ganz neues Bild hineingesetzt. Gewiß, eine vereinzelte Vereinbarung oder Anordnung in Vertrag, Satzung oder Testament ist kein neues Recht, denn das Recht befaßt sich nur mit dem allgemein Verbreiteten und allgemein Geübten; aber eine Rechtshandlung ist eben nie etwas Einziges, Alleinstehendes, sondern gehört mit dem größten Teil ihres Inhalts der herrschenden gesellschaftlichen Ordnung an. Die Bedürfnisse, die zu bestimmten Rechtshandlungen Anlaß geben, zu Körperschaftsgründungen, Verträgen, Testamenten, sind allgemeine gesellschaftliche Bedürfnisse, und so allgemein, wie das Bedürfnis, ist auch das Mittel, es zu befriedigen. So kehren Satzungen, Verträge, letztwillige Erklärungen nicht dem Inhalte, sondern sogar dem Wortlaute nach in einer bestimmten Zeit und Gegend immer wieder. Niemand wußte es besser als die Römer, daß der herkömmliche Inhalt der Parteienerklärungen ein Stück des geltenden Rechts ist: ein Blick in die Digesten lehrt, daß fast ihr ganzes Vertragsrecht, mit Einschluß

des ehelichen Güterrechts und des Pfandrechts, sowie das Testamentsrecht, darauf beruht, was die Parteien zu vereinbaren und zu erklären pflegen.

Es ist aber auch in der Gegenwart nicht anders. Wer auch nur einigermaßen eine Vorstellung davon hat, was der landwirtschaftliche Pachtvertrag bedeutet, dem genügt wohl ein Blick auf die wenigen magern Bestimmungen, die das österreichische oder deutsche bürgerliche Gesetzbuch enthält, um sich zu sagen, daß die österreichische oder deutsche Landwirtschaft unmöglich damit werde auskommen können. Es ist ein nur ganz oberflächlich modernisiertes Pachtrecht der römischen Latifundien. Was Blomeyer lange vor dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch gesagt hatte, das wurde von Schumacher, kurz nachdem das bürgerliche Gesetzbuch in Geltung getreten ist, wiederholt: Der Pachtvertrag soll womöglich so abgefaßt sein, daß zur Regelung der rechtlichen Beziehungen zwischen dem Verpächter und dem Pächter die Gesetzgebung ganz entbehrt werden kann. Ob diese Art von Gesetzen, vor denen sich die Beteiligten eiligst zum Notar flüchten müssen, irgend welchen Sinn und Zweck hat, das möge dahingestellt bleiben: aber der deutschen Landwirtschaft war der Weg ohnehin vorgezeichnet, den sie zu gehen hatte. Die Frage, wie man Pachtverträge abschließen solle, ist vielfach Gegenstand von Erörterungen, und hat auch eine kleine, ungemein interessante und wertvolle, den Juristen selbstverständlich ganz unbekannte Literatur[1]. Wir erfahren daraus, daß der landwirtschaftliche Pachtvertrag ein sorgfältig und kunstgerecht in einer hundertjährigen Entwicklung herausgearbeitetes Rechtsgebilde ist, das sich sehr elastisch an den jeweiligen Stand der landwirtschaftlichen Gütererzeugung, an die wirtschaftliche und gesellschaftliche Lage der Beteiligten anschließt, daß es mehrere, über große Teile Deutschlands verbreitete Vorlagen gibt, von denen insbesondere die der königlich preußischen Domänen ein großes, allerdings sehr angefochtenes Ansehen besitzt.

Ein anderes Beispiel bietet ebenfalls das Recht der Landwirtschaft. Im Auftrage der deutschen landwirtschaftlichen Gesellschaft hat Professor Dr. Otto Gerlach unter Mitwirkung von Dr. Franz Mendelssohn und Regierungsbaumeister Alfred Blume über die Ansiedelungen von Arbeitern in Norddeutschland Erhebungen gepflogen und ihre Ergebnisse in den Arbeiten der deutschen landwirtschaftlichen Gesellschaft veröffentlicht. Der Jurist erfährt daraus vor allem, daß es in der Landwirtschaft eine Landarbeiterfrage gibt und

[1] Schumacher, Das landwirtschaftliche Pachtrecht. Berlin 1901. Vgl. noch Preser: Pacht, Pachtrecht und Pachtvertrag über größere Landgüter in Österreich (1880), von Batocki und Bledau, Praktische Ratschläge für den Abschluß von Pachtverträgen 1909. Außerdem besonders Blomeyer, Dressel u. a. m.

daß an der Art ihrer Lösung vielleicht die zukünftige Gestaltung nicht bloß Deutschlands, sondern wohl auch Europas hängt; er erfährt, daß man sie in verschiedenen Teilen Deutschlands seit mehr als einem Jahrhundert und in immer steigendem Maße, immer plan- und absichtsvoller, hauptsächlich durch Ansiedelung von Arbeitern auf dem Lande zu lösen versucht, daß diese Versuche zu verschiedenen neuen Vertragsformen geführt haben, teils reinen Pachtverträgen, teils Pachtverträgen verbunden mit Arbeitsverträgen, zum Teile auch zu eigentümlich bestimmten Kaufverträgen. Vielleicht sind alle diese Bildungen noch zu verschiedenartig und jede besondere Art zu vereinzelt; wenn sie aber noch nicht fertiges Recht sind, dann sind sie eben werdendes Recht. Sollte sich eines der vielen vorgeschlagenen und versuchten Systeme bewähren, sollte es sich in ganz Deutschland oder wenigstens in einem großen Teile verbreiten, könnte man daran zweifeln, daß es auch ohne einen voraussichtlich ganz überflüssigen gesetzgeberischen Eingriff nicht nur eine Bereicherung des wirtschaftlichen Lebens, sondern auch des Rechts bedeutet?

Das Recht ist deswegen fortwährend im Flusse, weil die Menschen, deren Beziehungen das Recht zu regeln hat, das Recht fortwährend vor neue Aufgaben stellen. Die Familie und die Ehe ändern sich nicht etwa, wie die gedruckten Rechtsgeschichten anzunehmen scheinen, einmal in jedem Jahrhundert, sondern täglich und stündlich, und erst die ungeheuere Masse dieser Änderungen schafft die großen Unterschiede, von denen die Geschichte berichtet. Auch das Eigentum hat sich bisher ohne Unterlaß entwickelt und entwickelt sich weiter vor unsern Augen. Es ist zweifellos nicht nur wirtschaftlich und gesellschaftlich, sondern auch rechtlich nicht dasselbe, ob der Besitzer großer Ländereien sie an Vasallen verleiht oder für sie einen Güterdirektor und einen Stab von Beamten anstellt, ob er mit Grundholden arbeitet oder seinen Besitz an kapitalskräftige Pächter verpachtet, ob er Dreifelderwirtschaft betreibt oder Zuckerfabriken anlegt. Jede dieser Bewirtschaftungsarten hat ihr eigenes Recht, und sobald die Landwirtschaft von einem Betrieb zum andern übergeht, muß sich notwendigerweise auch das Recht der Landwirtschaft geändert haben. Aber auch das geht am Eigentum nicht spurlos vorbei, ob der Wasserfall eine bescheidene Wassermühle betreibt oder hunderte von Pferdekräften einem Elektrizitätswerk liefert. Der formale Grundsatz der Vertragsfreiheit kann es nicht hindern, daß das Vertragsrecht ein anderes wird, wenn neue Verträge aufkommen und die bis dahin üblichen mit einem neuen Inhalt abgeschlossen werden, der neuen Bedürfnissen Rechnung trägt. Und das Erbrecht? Es ist doch nicht gleichgültig, ob man Großgrundbesitz vererbt oder Fabriken, einen Kaufmannsladen oder Millionen in Aktien und andern Wertpapieren.

Der ungeheuere und keineswegs abgeschlossene wirtschaftliche Fortschritt unserer Zeit muß nicht bloß auf den Inhalt der Testamente und der Erbteilungen bei gesetzlicher Erbfolge, sondern auch auf den ganzen Prozeß des Vermögensüberganges von Todeswegen den größten Einfluß haben. Die eheliche Gemeinschaft des beweglichen Vermögens nach französischem Recht, die Trennung der Erbfolge in bewegliche und unbewegliche Güter des englischen Rechts, hat vollständig ihr altes Gepräge dadurch verloren, daß die Bedeutung des beweglichen Vermögens, insbesondere des Besitzes an Wertpapieren, seit einem Jahrhundert ins Unermeßliche gestiegen ist. Wieder bewährt es sich, daß die großen Umwälzungen im Rechte nicht in den Rechtssätzen, sondern in den gesellschaftlichen Verhältnissen vor sich gehen. Will man da noch bezweifeln, daß Gewohnheitsrecht auch jetzt noch ohne ausdrückliche Erlaubnis des Gesetzgebers entstehen könne?

Es ist klar, daß dieser nie rastenden Entwicklung des gesellschaftlichen Rechts gegenüber das starre und unbewegliche staatliche Recht nur zu oft im Rückstande bleibt. Das Recht, wie es auch sein mag, ist stets eine Form der Herrschaft des Toten über den Lebenden: so hat Herbert Spencer die berühmten Worte Goethes in seine Sprache übersetzt. Das ist es wohl in erster Linie, was fast jedem irgendwie feinfühligen Menschen den Zusammenstoß mit dem Staat und seinen Behörden in der Regel zu einem so peinlichen Erlebnis macht, um so peinlicher, je inniger die Beziehungen, in die die Behörden eingreifen, mit seinem Gefühlsleben zusammenhängen. Dieses Mißverhältnis wird uns überhaupt nur dadurch erträglich, daß die Zusammenstösse doch nicht gar zu häufig sind und sich in der Regel bei einiger Vorsicht vermeiden lassen. Die große Mehrzahl der Menschen kennt zu ihrem Glücke Staat, Gerichte, Behörden und ihr Recht doch nur vom Ausweichen her. Immerhin gibt es andere, die dafür sorgen, daß diese nicht ganz überflüssig werden, und es muß die Frage aufgeworfen werden, wie dieser Widerspruch im wirklichen Leben gelöst wird.

Soweit sich das gesellschaftliche Recht in den Rahmen des Hergebrachten, zumal in den Rahmen der „Freiheit" des Vertrages, des Vereines, des Testaments, sei es unmittelbar, sei es mit Hilfe der Kautelarjurisprudenz, einfügt, schafft es sich auch die Entscheidungsnormen, nach denen es beurteilt werden will. Für die Wirkungen der Verträge, Satzungen und Testamente vor Gericht und Behörden ist vor allem ihr Wortlaut maßgebend. Dieses Recht reicht zum Teil über ihren Wortsinn hinaus, denn die Rechtsprechung lernt mit der Zeit sie nach der bona fides, nach Treu und Glauben, nach Verkehrsbrauch, nach Usance auszulegen: das alles bedeutet weniger, wie man gewöhnlich annimmt, den nicht ausgesprochenen, vermuteten Partei-

willen, als den gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang, in den diese Willenserklärungen gehören. So wird die bona fides, Treu und Glauben, Verkehrsgebrauch und Usance nicht bloß zu einer Quelle des lebenden gesellschaftlichen Rechts, sondern auch zu einer neuen Quelle von Entscheidungsnormen und schließlich sogar von Rechtssätzen.

Anders, wenn sich der Wandel außerhalb der Formen des festgelegten staatlichen Rechts vollzogen hat. Dann wird dieses dadurch unmittelbar nicht berührt, seine Eingriffs- und Entscheidungsnormen bleiben unverändert. Den Widerspruch zwischen den wechselnden Forderungen des Lebens und dem Wortlaut des festgelegten Rechts zu lösen ist die ewige große Aufgabe der Jurisprudenz. Sie hat dafür überall in ihren wichtigsten Zweigen, als Kautelar-, Anwalts- und richterliche Jurisprudenz ihre eigene Technik ausgebildet. Sie ist keineswegs überall dieselbe. Sie war anders bei den Römern und anders ist sie in der Gegenwart auf dem Festlande einerseits, im anglo-amerikanischen Rechtsgebiete andererseits; es wäre ein Irrtum zu glauben, daß die Mittel dafür ein für allemal gegeben sind. Auf dem Festlande arbeitet sie noch teils mit gewissen sehr dehnbaren Begriffen des hergebrachten Rechts, teils mit einer noch willkürlicheren und launischeren Konstruktion des ganzen Inhalts des Gesetzes, und es ist hauptsächlich die Anfechtbarkeit und Unaufrichtigkeit dieser Methoden, die immer auf das Erschleichen eines bestimmten, im Vorhinein feststehenden erwünschten Ergebnisses aus dem entgegenstehenden Wortlaute des Gesetzes hinauslaufen, die zur freirechtlichen Bewegung geführt hat. Wo immer das staatliche Recht auf Fälle angewendet wird, die sich sein Urheber nicht unmittelbar vorgestellt hatte, muß es notwendig einer Umwertung unterworfen werden. Es ist überflüssig, auf diesen ganzen Vorwurf hier näher einzugehen, da er erst vor kurzem eine glänzende Darstellung gefunden hat in der Schrift von Wurzel: Das juristische Denken, wohl die beste Schrift über die festländische juristische Methode der Gegenwart, die bisher erschienen ist. Wurzel nennt diesen Vorgang die Projektion, die Anwendung eines juristischen Begriffs des formulierten Rechtssatzes, ohne ihn zu ändern, auf Erscheinungen, die darin gar nicht oder wenigstens nicht nachweisbar vorgestellt waren. Im Staatsrecht wurden diese Erscheinungen hauptsächlich von Jellinek als Verfassungswandlungen behandelt.

Die juristische Projektion ist in ihrem Wesen nichts als unmittelbare Wirkung der inneren Wandlungen im gesellschaftlichen Leben auf die Entscheidungsnormen. Ohne eine solche Projektion, die von den Juristen täglich und stündlich vorgenommen werden muß, wäre eine Rechtspflege unter der Herrschaft des staatlichen Rechts, zumal

unter dessen gegenwärtiger Alleinherrschaft, überhaupt gar nicht denkbar. Nur sie hat es ermöglicht, das hergebrachte Verfassungsrecht, das staatliche Privat- und Verwaltungsrecht der gegenwärtigen stürmischen Bewegung in der Gesellschaft, der die Gesetzgebung nicht im Entferntesten Schritt zu halten vermag, zum großen Teile allerdings nur zum Scheine, beizubehalten. Die Großindustrie, die Eisenbahnen, Telegraphen, Telephone haben die Rechtspflege und Verwaltung vor eine Unzahl neuer Aufgaben gestellt; der ungewohnten Arbeit der freien Rechtsfindung gar nicht gewachsen, halfen sie sich damit, die hergebrachten staatlichen Normen, so gut es geht, auf die neuen Verhältnisse zu projizieren. Und etwas Ähnliches vollzieht sich auch jetzt noch vor unseren Augen. Seit etwa einem Vierteljahrhundert hat sich die Großindustrie eine neue Kraftquelle unterworfen: die Elektrizität. Das bedeutet sofort ein neues gesellschaftliches Recht, aber auch neues staatliches Recht wird nicht ausbleiben können. Mit der Entwicklung der Rechtssprechung, die stets im wesentlichen eine „Projektion“ des Rechts auf immer neue Tatsachen des Lebens ist, befassen sich in Frankreich die Arrêtisten, die die Anmerkungen zu den in den großen Spruchsammlungen von Dalloz und Sirey veröffentlichten Erkenntnissen verfassen.

Die Projektion steht in der Mitte zwischen Rechtsanwendung und Rechtsfindung. Sie hat bald mehr von der einen bald von der andern. Auch abgesehen von den Fällen, wo die richterliche Tätigkeit etwas ganz anderes ist als Gesetzesanwendung, selbst in den Fällen, wo sie wirklich Gesetzesanwendung ist, ist sie doch immer noch eine schöpferische Tat des Richters. Aber die schöpferische Tat setzt den schöpferischen Geist voraus. Eine Rechtspflege, die dieser Aufgabe nicht gewachsen ist, wird zum Bleigewicht des Rechtslebens. Wenn der österreichische Kassationshof, übrigens, wie gewöhnlich bei seinen besten Entscheidungen ohne jede gesetzliche Grundlage, einen Angeklagten wegen Verbrechens der Entführung verurteilte, der einer Frau, die sich vor den Brutalitäten ihres Mannes flüchtete, eine Eisenbahnfahrkarte gekauft hat, so wirkt das auf einen denkenden Juristen wie ein Schlag ins Gesicht. Und doch fehlt der Entscheidung nichts als die Projektion nach Zeit und Ort. In einem Sklavenhalterstaate wäre eine solche Projektion vollständig am Platze: da würde es jedermann verstehen, daß es unstatthaft ist, einem Sklaven zur Flucht zu verhelfen. In der Tat war eine solche Handlung in den Südstaaten der Vereinigten Staaten von Amerika, solange dort die Negersklaverei bestand, also bis zum Abolitionskriege, ganz mit Recht strafbar. Die Römer, obwohl sie ein Sklavenhaltervolk waren, dachten allerdings milder als die Südstaaten und auch als unser Kassationshof. Wer einen gefesselten Sklaven misericordia ductus befreite,

konnte nicht mit der Strafklage, der actio doli, bei der die Verurteilung entehrend war, sondern nur mit einer actio in factum auf Schadenersatz belangt werden.

Durch das Walten gesellschaftlicher Kräfte werden auch die Grenzen des staatlichen und gesellschaftlichen Rechts fortwährend verschoben. Interessen, die nur durch gesellschaftliche Rechtsnormen geschützt waren, erhalten staatlichen Rechtsschutz, sobald man sich ihrer Bedeutung besser bewußt wird. Eine solche Änderung kann schon durch die Rechtspflege bewirkt werden: der Richter, der dann ausschließlich als Organ des Staats handelt, projiziert eine gesellschaftliche Rechtsnorm als staatliche auf Rechtsverhältnisse, auf die sie sich ursprünglich gar nicht bezog. Ein lehrreicher Fall dieser Art ist der Einwand des Spieles: ursprünglich auf einer gesellschaftlichen Entscheidungsnorm beruhend, erhielt er im letzten Viertel des verflossenen Jahrhunderts in Deutschland und Österreich zum Teile durch die Gesetzgebung, zum Teile aber schon durch die Rechtspflege staatliches Gepräge, seit die Gerichte sich des Einwands bedienen, um das Börsenspiel Unberufener einzudämmen. In meiner Schrift über das zwingende und nichtzwingende Recht im bürgerlichen Gesetzbuch habe ich zu zeigen versucht, wie zahlreiche als gesellschaftlich gedachte Anordnungen des bürgerlichen Gesetzbuchs zu staatlichen Normen werden müssen, sobald die öffentlichen Interessen, die an der Vorschrift hängen, zum allgemeinen Bewußtsein gelangen.

So erklärt es sich, wie es gekommen, daß manches Recht, oft ohne jede äußere Änderung, infolge von Umwälzungen sittlicher oder gesellschaftlicher Art, aus dem gesellschaftlichen ins staatliche Recht hinübergenommen worden ist. Die Familiengewalten, in Rom ursprünglich Ausfluß eines eigentumsähnlichen Privatrechts, verlieren diese Eigenart zum Teil noch in der Kaiserzeit, zumal die Vormundschaft: im modernen Rechte wird auch die väterliche Gewalt immer mehr zu einem öffentlichen Amt. Die Verstaatlichung eines großen Teils des Vertragsrechts, besonders des Rechts des Arbeitsvertrages, vollzieht sich vor unseren Augen. Das älteste römische Strafrecht war nur soweit staatliches Recht, als es das parricidium und die perduellio betraf, wenn auch das privatrechtliche Verfahren zu einer Bestrafung führen konnte, die der öffentlichrechtlichen oft an Strenge gleichkam. Aber dieses Privatstrafrecht wurde zum großen Teile schon im republikanischen Rom, noch mehr in der Kaiserzeit vom öffentlichrechtlichen verdrängt; das im Code pénal (Art. 374 Al. 2, vergl. auch Art. 375), wenn auch nur mittelbar anerkannte Recht des Gatten, die ehebrecherische Frau und ihren Mitschuldigen zu töten, ist vielleicht die letzte erhebliche Spur des privatrechtlichen Strafrechts, die sich noch in ein modernes Strafgesetzbuch verirrt

hat. Viel stärker dürfte es sich in der Rechtsprechung geltend machen, zumal in der der Geschworenengerichte. Ein französischer Staatsanwalt hat erst vor kurzer Zeit vor Geschworenen erklärt, die Frau, die die Geliebte ihres Mannes tötete, müsse schuldig gesprochen werden, weil sie nicht das richtige Opfer, ihren Mann, gewählt hatte.

Die Verstaatlichung des Zivilprozesses ist deswegen von so großem Interesse, weil hier zweifellos nicht der Rechtssatz, sondern die Umwälzung in den Gedankengängen über die Aufgaben der staatlichen Rechtspflege, die sich seit Jahrtausenden vollzieht, die treibende Kraft gewesen ist. Ursprünglich ist Rechtsgang „organisierte Selbsthilfe", und er bleibt es im Wesen so lange, als er vom Verhandlungsgrundsatz beherrscht wird. Der Staat bemächtigt sich ziemlich bald des Strafverfahrens. Das Streitverfahren erhält bei den Römern im Formularprozeß, noch mehr in den Kognitionen vereinzelte staatliche Elemente, die im gemeinen Prozeß wieder verschwinden, ein Zeugnis, daß noch die Gesellschaft des letzten Jahrhunderts in mancher Beziehung hinter der römischen zurückstand. Seit dem XVIII. Jahrhundert tritt wenigstens in der Wissenschaft der Gedanke immer stärker hervor, das Streitverfahren gehöre dem staatlichen Rechte an. In diese Zeit fällt auch die preußische Allgemeine Gerichtsordnung, der erste Bruch mit dem Verhandlungsgrundsatz, der erste große, wenn auch mit unzulänglichen Mitteln unternommene Versuch einer Verstaatlichung nicht mehr bloß der Rechtspflege und des Strafverfahrens, sondern auch des Zivilprozesses. Erst die österreichische Neugestaltung sucht nach den meisten Richtungen wirkliches staatliches Verfahren, nicht bloß staatliche Rechtspflege zu geben, die Rechtspflege endgültig staatlichen Zwecken zu unterwerfen. Der Widerstand, den der Bruch mit dem durch keinerlei Zweckmäßigkeitserwägung empfohlenen Verhandlungsgrundsatz gefunden hatte, zeigt, zumal in seiner historischen Färbung, den Nachklang der uralten Rechtsgedanken der Menschheit mitten im Wirbel des modernen Lebens.

Wie sich dieser innere Wandel in den Rechtseinrichtungen und den Entscheidungsnormen vollzieht, das kann an dieser Stelle nur ganz im allgemeinen besprochen werden. Vieles davon geht zweifellos unter der Schwelle des Bewußtseins vor sich. Ein großer Teil der gesellschaftlichen Normen liegt nicht in Worte gefaßt ein für allemal vor, sondern wird fortwährend neu aus der Betrachtung des regelmäßigen, allgemein gebilligten, tatsächlichen Handelns abgezogen. Das gilt fast uneingeschränkt für die Normen der Sittlichkeit, der Sitte, des guten Tones, des Taktes: für die gibt es zum großen Teile keinen anderen Rechtfertigungsgrund, als daß bereits so unter allgemeiner Billigung gehandelt worden ist. Aber auch bei der Rechtsnorm ist es vielfach nichts anderes. Eine Menge von Rechtsregeln

beruhen auf „Praezedentien“. Die Bedeutung der Konventionalregel im öffentlichen Rechte wurde von der Jellinekschen Schule, insbesondere von Hatschek, eindringlich dargelegt: es scheint mir zweifellos, daß auch sie sehr häufig eine Rechtsnorm, aber doch nur eine aus dem tatsächlich gebilligten Handeln abgezogene Rechtsnorm ist. Diese nur auf der allgemeinen Auffassung des tatsächlichen Handelns beruhenden Normen erfahren durch jedes neue tatsächliche Handeln nicht bloß eine Bestätigung, sondern auch eine scheinbare Ergänzung und Änderung ihres Gehalts. Die unbedeutenden Abweichungen von der ursprünglichen Norm bleiben anfänglich unbemerkt, und die Beteiligten glauben, es herrsche noch immer die alte Regel; aber sie häufen sich im Laufe der Zeiten so, daß dadurch die ursprüngliche Rechtseinrichtung allmählich zu einer Einrichtung ganz anderer Art wird. So ist mehr als einmal durch kleine Verschiebungen in den Normen die Sklaverei zur Hörigkeit, die Hörigkeit zur Sklaverei geworden, so wurde aus der selbstnützigen Vormundschaft eine fürsorgliche, so aus dem bäuerlichen Bittlehen Eigentum, so aus dem Treuhandgeschäft Pfandrecht und Testament, aus den doppelseitigen Realverträgen Konsensualverträge, so aus der Vorleistung eine Scheinleistung (Arrha).

Die Zeit wirkt aber sogar auf das Wort. Es kommt vor, daß in Worte gefaßte Normen nicht bloß umgedeutet werden, sondern einen neuen Wortlaut annehmen. Auch das kann unbewußt geschehen, denn die Sprache des Menschen folgt unbewußt seiner neuen Gedankenwelt. Mit Recht hat daher Girard gegen Lambert ausgeführt, daraus, daß die überlieferten XII Tafelsätze zum Teile ihrem Wortlaut nach unmöglich in der Zeit der Dezemvirn entstanden sein konnten, folge noch nicht, daß die XII Tafeln überhaupt nicht vorhanden waren: sie mögen im Zuge der Jahrhunderte nicht nur einen neuen Sinn, sondern auch einen dem neuen Sinn angepaßten Wortlaut erhalten haben. Und er erinnert daran, wie viele der Brocards von Loisel jetzt ganz anders lauten als zur Zeit des alten Juristen, und wie Lambert selbst schreibt: la caution n’est pas solvable, obwohl es ursprünglich geheißen hat: la caution n’est pas bourgeoise.

Aber auch die bewußte Tat des Einzelnen hat an der Rechtsentwicklung ihren Anteil, wenn sie auch zumeist sehr bald vergessen worden ist. Die Lehre von Tarde, jeder menschliche Fortschritt beruhe auf Erfindung des Einzelnen und Nachahmung dieser Erfindung durch die große Masse, gehört zu den Selbstverständlichkeiten, die, einmal ausgesprochen, eine wichtige wissenschaftliche Erkenntnis bedeuten. Wenn man fragt, warum die Römer die Stellvertretung bei Rechtsgeschäften nicht kannten, so muß darauf geantwortet werden, daß diese doch ebenso einmal erfunden werden mußte, wie die

Lokomotive. Die historische Schule, die das Volk als Schöpfer seines Rechtes betrachtete, war daher insofern zweifellos im Unrecht. Es war immer Einer, der es zuerst getan hatte, die andern folgten nach. Nur darf man selbst bei der Erfindung das Individuelle nicht überschätzen, denn auch sie hängt vor allem von gesellschaftlichen Voraussetzungen ab. Die Töpferei, der Pfeil und der Bogen, das Ruderboot und das Segelschiff sind zweifellos schon vor Jahrtausenden an unzähligen Erdpunkten ganz selbständig erfunden worden. Seit einer ebenso langen Zeit war es die Sehnsucht der Menschheit, sich gleich einem Vogel in die Luft erheben zu können, aber erst in unserem Jahrhundert blühte ihr die Verwirklichung, und da wieder an mehreren Stellen auf einmal. Die Erfindung ist nicht die Tat eines Einzelnen, sondern eine Tat der Gesellschaft durch den Einzelnen, der Einzelne vollzieht sie, sobald die Gesellschaft die Bedingungen dafür gegeben hat. Es ist nicht etwa der von der Vorsehung gesandte Mann, dem wir die Erfindung verdanken; der erfinderische Gedanke wird vielmehr jedem dafür genügend vorbereiteten Geist aufleuchten, sobald die Bedingungen dafür da sind. Diese Bedingungen sind unter anderen: eine gewisse Kenntnis der Naturgesetze, eine gewisse Beherrschung der Technik, eine gewisse Höhe der wirtschaftlichen Entwicklung, die es dem Erfinder gestattet, sich die erforderlichen Hilfsmittel und Werkzeuge anzuschaffen. Ebenso hat die Verbreitung der Erfindung ihre gesellschaftlichen Voraussetzungen: das XV. Jahrhundert hätte keine Eisenbahnen bauen können, weil dafür noch nicht die Kapitalien vorhanden waren, aber auch wohl, weil man sie für ein Werk des Teufels gehalten hätte. Wo die gesellschaftlichen Voraussetzungen für die Erfindung fehlen, die wirtschaftliche Entwicklung und das allgemeine Verständnis, fällt die Erfindung zu Boden, wie die der Dampfmaschine durch Dénis Papin. Darin liegt die Tragik des Erfinderloses, daß die gesellschaftlichen Bedingungen für die Erfindung und für deren Verständnis durch die Gesellschaft so häufig auseinanderfallen. Für ganz einfache Erfindungen, wie die der Töpferei, des Bogens und des Pfeiles, des Ruderbootes und Segelschiffes waren alle Voraussetzungen schon vor tausenden von Jahren da: für den Flieger hat sie erst unser Jahrhundert geliefert.

Die große Menge der juristischen Erfindungen gehören wohl zu denen, für die die Voraussetzungen schon frühe und an vielen Orten vorhanden sind; sie sind daher über die ganze Erde verbreitet, wie die Töpferei, das Ruderboot und das Segelschiff. Es gibt aber auch einzelne Rechtshandlungen, Entscheidungsnormen und Prozeßformen, die ein so hohes Maß selbständiger bewußter Arbeit fordern, daß sie nur von besonders geschulten Geistern geleistet werden kann. Sie sind das Werk wissenschaftlich strebender Juristen, der Richter, der An-

wälte, der Praktiker der Kautelarjurisprudenz. Multis vigiliis excogitata et inventa sagt Bracton von der Assisa novae disseisinae, der bahnbrechenden Tat Heinrich II. Insoferne ist es keineswegs durchaus unrichtig, wenn die Völker ihr Recht auf einen persönlichen Gesetzgeber zurückzuführen pflegen: sie versinnbildlichen damit nur die vielen längst vergessenen Arbeiter, die daran tätig waren. Darauf beruht auch die Möglichkeit der Aufnahme eines fremden Rechts: mit der Aufnahme werden eigentlich nur Entscheidungsnormen, Musterverträge, Mustersatzungen, Prozeßvorschriften, die anderwärts erfunden worden sind, mit Hilfe der Rechtsprechung, Kautelarjurisprudenz der wissenschaftlichen Literatur, zuweilen auch Gesetzgebung, in fremde Länder übertragen. Das bezeichnende für unsere Zeit ist jedoch, daß ein gutes Stück dessen, was in der Vergangenheit der wissenschaftlich strebende Jurist, der Richter, der Anwalt und der Kautelarjurist fördern konnte, heute ganz allgemein dem Gesetzgeber zugewiesen wird. Der Gesetzgeber soll Entscheidungsnormen schaffen, soll gesetzliche Musterverträge und Mustersatzungen für Vereine und Körperschaften verfassen, jedes moderne Streitverfahren ist ein Werk der Gesetzgebung. Womit das zusammenhängt, ist schwer zu sagen, jedenfalls ist es keine erfreuliche Erscheinung. Es führt zu einer Einseitigkeit und Erstarrung der Rechtsentwicklung, und es liefert sie mehr als unbedingt notwendig ist, den Kräften aus, die jeweils den Staat in ihren Händen haben.

Es scheint jedoch, daß wir gerade in diesem Augenblicke vor einem Wandel stehen, daß man jetzt bereits weit weniger von der staatlichen Gesetzgebung erwartet, weit mehr auf ihre Einschränkung und Selbstbesinnung dringt, als etwa noch vor einem Jahrzehnt. Das ist der wachsenden Einsicht zu danken in das, was überhaupt mit staatlichen Mitteln bewirkt und gefördert werden kann. Eine andere Frage ist es aber, wie weit das Herrschaftsgebiet des Staates und mit ihm auch des Gesetzes heutzutage reicht. Die heutige Vorstellung vom Staate ist die einer mit fast religiöser Scheu betrachteten Allmacht, gegen die ein Widerstand ebenso unmöglich als unzulässig ist. Es ist leicht zu beweisen, daß auch sie durchaus historisch bedingt und hauptsächlich durch die militärischen Kräfte, die der Staat gegenwärtig besitzt, gegeben ist. Wenn dem Staate, wie auf der Stufe des Feudalismus, auf seinem eigenen Gebiete eine andere Heeresmacht entgegentreten kann, gilt er nicht als allmächtig. Aber auch heute beschränkt sich seine Unwiderstehlichkeit offenbar auf das, was durch militärische Gewalt durchzusetzen ist. Als rein gesellschaftliche Organisation ist der Staat bloß eine von vielen, und er verfügt, abgesehen von der militärischen nur über gesellschaftliche Kräfte, die denen der anderen gesellschaftlichen Verbände durchaus nicht immer überlegen sind.

Die klassische Schule der Volkswirte hat, auf den Lehren der Physiokraten bauend, die Frage der Grenzen der Staatsgewalt und die Folgen der Staatstätigkeit, insbesondere der Gesetzgebung, einer gründlichen und eingehenden Prüfung unterzogen. Sie gelangte zu dem Ergebnisse, daß der Staatstätigkeit durch die Gesetze der Volkswirtschaft, die ja bei ihnen zum großen Teil auch gesellschaftliche Vorgänge nicht wirtschaftlicher Art umfaßt, Grenzen gezogen sind, die der Staat nicht überschreiten darf und bis zu einem gewissen Grade auch nicht überschreiten kann; er darf sie nicht überschreiten, ohne Wirkungen zu erzielen, die seinen Absichten durchaus widersprechen, er kann sie nicht überschreiten, ohne einen Streich ins Leere zu führen. Es ist ihr auch bereits vollständig der Beweis gelungen, daß der, der eine Maßregel befehlen kann, damit ihre Wirkungen noch lange nicht meistert. Mit diesen Forschungen wurde von ihnen der feste Grund für die moderne Gesellschaftswissenschaft gelegt. Denn diese beginnt, sobald das gesellschaftliche Geschehen nicht auf den Willen des handelnden Menschen, sondern auf die von ihm unabhängig in der Gesellschaft wirkenden Kräfte zurückgeführt wird, gerade wie die Naturwissenschaften mit der Erkenntnis beginnen, daß das natürliche Geschehen nicht durch den Willen der Götter, sondern durch Kräfte, die in der Natur walten, erklärt werden muß. Hätte man die Spuren weiter verfolgt, sie hätten gewiß noch zu einer wissenschaftlich begründeten Kunst der Gesetzgebung geführt; heute sind aber ihre Ergebnisse längst vergessen. Und so kennzeichnet gegenwärtig die Gesetzgebung der naivste Dilettantismus, der sich darüber ganz im klaren ist, daß es genügt, ein Übel gesetzlich zu verbieten, um es aus der Welt zu schaffen.

XVIII.

Die Legalisierung des Juristenrechts.

Das corpus iuris civilis enthält ein Lehrbuch (Institutionen), Ausschnitte aus juristischen Schriften (Digesten) und Konstitutionen (Codex): also zunächst juristische Literatur sowohl in der Form eines Lehrbuchs als auch in der Form von Auszügen aus Werken über das geltende Recht, und eine Sammlung von Gesetzen. Aber die Ausschnitte aus den Schriften der römischen Juristen wollen nur zum geringsten Teile einfach das im prätorischen Edikt, in den leges und constitutiones enthaltene Recht darstellen und erklären, zum größten Teile setzen sie selbständig Rechtsnormen fest: sie enthalten also Juristenrecht, teils literarisch verarbeitet, teils in Gutachten und Rechtssprüchen. Die älteren kaiserlichen Konstitutionen sind meistens Entscheidungen von Rechtsfällen, also ebenfalls Juristenrecht, einige auch, die mandata, Befehle an kaiserliche Beamte, also Verwaltungsverordnungen; die neueren sind dagegen Gesetze im engeren Sinne, staatliches Recht, die darüber bestimmen, was von nun an Rechtens sein solle. Außerdem gibt es leges, senatusconsulta, constitutiones, also Gesetze, die staatliches Recht enthalten: sie werden in allen Teilen des corpus iuris angeführt. Das prätorische Edikt, das ebenfalls einen großen Teil ausmacht, ist wieder entweder Juristenrecht oder staatliches Recht, dieses meist Polizeiverordnung. Das justinianische Werk besteht also aus juristischer Literatur (Lehrbuch und literarische Darstellung), Juristenrecht (in literarischen Darstellungen, juristischen Gutachten, Rechtssprüchen des Prätors und der Kaiser) und aus staatlichem Recht (leges, senatus consulta, Edikt, Konstitutionen).

Nach der herrschenden Ansicht ist das alles durch den Willen Justinians zu einer Einheit verschmolzen und zum Gesetze geworden. Aber die Geschichte hat den verschiedenen Bestandteilen ein sehr verschiedenes Schicksal bereitet. Die Teile, die im Vorhinein nicht Rechtssätze, sondern Rechtswissenschaft enthielten, Ausführungen über die Natur des Rechts, Quellen, Einteilungen, System, Begriffsbestimmungen, Inhalt der Rechte, sind das geblieben, was sie von Anfang an waren: eine Rechtswissenschaft. Insoweit es sich als wissenschaftliche Lehre bewährt hat, ist es auch dort anerkannt

worden, wo das römische Recht nie eingedrungen ist, es beherrscht sogar bei den Engländern, Amerikanern, Skandinaviern die allgemeine Rechtslehre. Im übrigen ist das Juristenrecht der Grundstock des gemeinen Rechts der meisten gesitteten Völker des europäischen Festlands geworden und bis in die Gegenwart geblieben. Dagegen ist das, was davon staatliches Recht war, allmählich größtenteils ausgeschieden worden. Das gilt sowohl von den Teilen des Edikts, die etwa bloße Polizeiverordnungen enthalten, als auch von den kaiserlichen Konstitutionen, die nicht bloß, wie manche justinianische Novellen, das Juristenrecht ändern und ersetzen.

Die bloße Tatsache, daß Justinian Sätze verschiedener Abstammung zu einem Gesetzbuch zusammenfaßte, vermochte sie daher nicht zu einer einheitlichen Masse zu verschmelzen, sie behielten auch im Gesetze den Stempel ihres Ursprungs aufgedrückt. Das war offenbar von größtem Einfluß auf ihre Geschichte. Eine genauere Untersuchung würde übrigens zeigen, wie sehr sie auch in ihrem Bau und in der Art ihrer Wirkung sich voneinander unterscheiden.

Will man nun ein modernes Gesetz, insbesondere die privatrechtlichen Gesetzbücher im Geltungsgebiete des gemeinen Rechts, das preußische Landrecht, den code civil, das österreichische bürgerliche Gesetzbuch und schließlich das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich richtig würdigen, so muß man es einer solchen Prüfung unterwerfen, wie die, die das corpus iuris schon durch seine äußere Form herausfordert. Man muß in ihnen die drei Bestandteile scheiden: Rechtswissenschaft, Juristenrecht und staatliches Recht. Dabei soll selbstverständlich berücksichtigt werden, daß das Juristenrecht deswegen nicht aufhört, Juristenrecht zu sein, dadurch keineswegs ein staatliches Recht wird, weil es bei der Aufnahme ins Gesetz geändert, gemildert, den Verhältnissen angepaßt oder sogar neu gefunden worden ist, denn der Gesetzgeber arbeitet da als Jurist, nicht als Gesetzgeber. Es ist ein sehr fühlbarer Unterschied zwischen den im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch verschärften Bestimmungen über die Haftung der Gastwirte, und dessen Regelung der nicht rechtsfähigen Vereine, zwischen der Norm des Code civil, daß das Eigentum, im Gegensatz zum gemeinen Recht, schon durch den Vertrag übergehen solle und etwa den Vorschriften über die bürgerliche Trauung oder den bürgerlichen Tod (la mort civile). Die deutsche Rechtswissenschaft hat einer solchen Zergliederung des Inhalts der Gesetzbücher ohnehin wenigstens einigermaßen bereits vorgearbeitet. Die Lehre vom „unverbindlichen Gesetzesinhalt“ betrifft besonders die rein wissenschaftlichen Bestandteile im Gesetze, sie hat auch in der Tat bewirkt, daß diese aus dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch nahezu vollständig verschwunden sind. Nicht dasselbe gilt vom Juristenrecht und staat-

lichen Recht, obwohl schon Savigny den Gegensatz mit aller Schärfe hervorgehoben hat. Er weist im Beruf mit größtem Nachdruck auf „das zweyfache Element im Recht“ hin, das er das politische und das technische nennt: als Beispiel für das erste führt er die lex Julia et Papia Poppaea an, das zweite ist „der gesamte Rechtsvorrat“, das „ohnehin bestehende Recht“. Die weitere Entwicklung des Gedankens bei ihm zeigt, daß dieser Gegensatz vollständig mit dem des staatlichen und des Juristenrechts zusammenfällt.

Die Scheidung des staatlichen Rechts vom Juristenrecht in den modernen Gesetzbüchern wäre darnach eine Arbeit, nicht bloß von großer wissenschaftlicher, sondern auch von praktischer Bedeutung. Sie wäre gegenwärtig nicht mehr schwer, da uns die Quellen, aus denen die Gesetzbücher ihren Stoff geschöpft haben, bereits ziemlich genau bekannt sind: es ist dies das gemeine Recht, mit dem Inhalte, wie es zur Zeit ihrer Entstehung im Ursprungslande des Gesetzbuchs gegolten hatte, das bodenständige Recht in der Zeit und im Lande ihres Ursprungs, und das Naturrecht.

Den Hauptanteil an den Gesetzbüchern hat überall das gemeine Recht. Der größte Teil des gemeinen Rechts, das im Mittelalter und der Neuzeit auf dem europäischen Festlande aufgenommen worden ist, war immer nur eine Entscheidungsnorm für die Gerichte geblieben. Man darf aber die Bedeutung des gemeinen Rechts nicht darauf beschränken. Die neueren Forschungen haben dargetan, daß sich die Urkunde, insbesondere die notarielle, überall sehr rasch dem gemeinen Rechte angepaßt hatte, wobei selbstverständlich die italienischen Formulare die Grundlage bildeten. Dadurch ist ein großer Teil des gemeinen Rechts tatsächlich ins Leben gedrungen, lebendes Recht in seinem Geltungsgebiete geworden. Dem gemeinen Recht verdanken die Völker des europäischen Festlands das Testament, und es waren wieder nachweisbar die Urkundenverfasser, die es ihnen in der römischen Form vermittelt haben. Das Testament wäre allerdings auch ohne sie, wenn auch wohl in etwas anderer Form gekommen. Aber vom römischen Vertragssystem läßt sich dasselbe gewiß nicht sagen. Nur dadurch, daß dieses in seiner gemeinrechtlichen Ausgestaltung der Urkunde zur Grundlage gelegt worden ist, hat das gemeinrechtliche, in seinen Grundzügen römische, Vertragssystem eine solche Herrschaft über das moderne Rechtsbewußtsein gewonnen, daß wir heute ganz allgemein geneigt sind, die römischen Verträge, so wie sie das gemeine Recht verstand, als eine Art von Selbstverständlichkeit zu betrachten. Und doch beweist ein flüchtiger Blick auf die mittelalterlichen deutschen Rechtsquellen, und insbesondere auf die Urkunden aus der Zeit vor der Aufnahme, daß sich das Vertragssystem, wenigstens in Deutschland und in Frankreich, ohne die Aufnahme ganz anders

hätte entwickeln müssen, wahrscheinlich annähernd so wie das englische. Endlich ist mit der Aufnahme überall der feste und klare juristische Sprachgebrauch und die ganze juristische Technik der gemeinrechtlichen Jurisprudenz ins Geltungsgebiet des gemeinen Rechts eingezogen. Alles das hat mächtig auf die Gesetzbücher eingewirkt.

Der zweite Bestandteil der Gesetzbücher sind die den Kodifikationen des bodenständischen Gewohnheitsrechts entnommenen Rechtssätze. Für die spätere Gesetzgebung sind insbesondere wichtig geworden die Landrechte und die Reformationen des XVI. Jahrhunderts in Deutschland und die offiziellen Aufzeichnungen der coutûmes in Frankreich seit Ende des XV. Jahrhunderts. Es ist nicht genau, wenn man annimmt, daß damit bloß das bodenständige bis dahin gebräuchliche deutsche und französische Recht in Schriftform gebracht worden sei. Die Reformationen sind allerdings wenigstens zum Teile von Juristen verfaßt worden, die das bodenständige Recht kannten; und die Landrechte und Coutûmes beruhten im allgemeinen auf Auskünften, die die Kenner des bodenständigen Rechts den Verfassern gegeben hatten; insbesondere das Verfahren bei der amtlichen Aufzeichnung der französischen Coutûmes war außerordentlich sorgfältig. Aber der kleinste Teil der Auskünfte gab fertige Rechtssätze wieder, die den Auskunftspersonen bereits bekannt gewesen wären. Zum größten Teile wurden sie von ihnen selbst erst in dem Augenblicke, da die Auskunft gegeben werden sollte, auf Grund eigener Eindrücke formuliert: sie waren also Verallgemeinerungen der lebendigen Anschauung bodenständiger Rechtsverhältnisse, die die Personen, die Auskunft gaben, erst in dem Augenblicke der Auskunft vornahmen. Wir wissen übrigens auch, daß die Verfasser der Aufzeichnungen vielfach das Recht absichtlich änderten, milderten, ergänzten, besonders aber dem römischen Rechte anzugleichen suchten. Abgesehen davon wurde vieles unmittelbar dem römischen Rechte und anderen Rechtsaufzeichnungen entnommen. Die Constitutiones Saxonicae verfolgten geradezu den Zweck, nicht das bodenständige Recht zu kodifizieren, sondern es mit dem gemeinen in Einklang zu bringen. Man kann daher gewiß nicht ohne weiteres behaupten, in den Rechtsaufzeichnungen des XV., XVI. und XVII. Jahrhunderts sei das damals in Geltung gewesene Recht deutschen Ursprungs kodifiziert worden. Versteht man unter Recht nicht die Rechtsverhältnisse, sondern die in Worte gefaßten Rechtssätze, so ist es viel richtiger zu sagen, daß fast alles Recht, das diese Arbeiten enthalten, erst durch die Aufzeichnung entstanden ist. Durch diese Entstehungsart wurde es aber offenbar nach Form und Inhalt ein Juristenrecht. Die Stadtreformationen, Landrechte und die coutûmes sind teils Verallgemeinerungen, teils juristische Normenfindungen, von derselben Art, wie sie auch sonst in den

juristischen Schriften sowohl der Römer als auch den mittelalterlichen Deutschen vorgekommen sind.

Den dritten Stoff, aus dem die neueren Gesetzbücher gefaßt worden sind, bildet das Naturrecht. Man pflegt gewöhnlich das Naturrecht als Abwehr des deutschen Rechtsbewußtseins gegen das eindringende römische Recht zu betrachten. Darin ist gewiß ein Stück Wahrheit enthalten, aber es ist keineswegs die ganze Wahrheit. Denn die Naturrechtslehrer waren, mindestens von Pufendorf an, ganz überwiegend Volkswirte und Wirtschaftspolitiker, nicht Juristen, und sie haben als solche im Anfange wohl zumeist unbewußt, später aber auch bewußt, die Ansprüche und Forderungen des städtischen Bürgertums vertreten. Der letzte Ausdruck der naturrechtlichen Bewegung, das sind keineswegs die juristischen Ideologen in Deutschland und Frankreich, sondern die französischen Physiokraten, deren Forderungen und Lehren vielfach schon bei Pufendorf und Wolf in Deutschland vorausklingen. Das städtische Bürgertum ist die wirtschaftliche Klasse, die im XVII. und XVIII. Jahrhundert Handel und Gewerbe betrieb und gerade zur Industrie überzugehen begann. Es hatte bereits, wenn auch in Deutschland zunächst nur in einem sehr bescheidenen Maße, politische Ansprüche. Es wollte einen starken Staat, einen Anteil an der Staatsgewalt und eine Schwächung der Herrschaft des feudalen Adels. Diese Ansprüche erklären den absolutistischen Zug bei den älteren, besonders den deutschen Naturrechtslehrern; aber der Ruf nach absolutistischen Regierungsformen war immer nur die äußere Verkleidung einer bereits keimenden, viel weiter reichenden Bewegung. Nur der Monarch konnte um diese Zeit einen starken Staat schaffen, nur er konnte die Macht des Adels brechen, nur durch den Absolutismus konnte die bürgerliche Bevölkerung in ein unmittelbares Verhältnis zum Staate treten, den für sie damals der Monarch verkörperte. Der absolutistische Wohlfahrtsstaat, zumal der deutschen Naturrechtslehrer, ist eben der Staat, der Handel, Gewerbe und Industrie unterstützt, die Bevölkerung mehrt, und so dem Handel, dem Gewerbe und Industrie Kundschaft und Arbeitskräfte verschafft, ihre Gegner im Innern mit starker Hand niederhält, für Rechtssicherheit sorgt und die äußeren Feinde abwehrt. Bekanntlich gingen die späteren Naturrechtslehrer davon ab und verlangten Konstitutionalismus im englischen Sinne, und schließlich sogar Souveränität des Volkes. Wenigstens insoweit das alles der Fall war, ist den Naturrechtslehrern gewiß nicht das römische Recht, sondern der Feudalismus als Gegner erschienen, den sie zu bekämpfen hätten, sie sind dabei nicht für das deutsche Recht, sondern für eine andere Staats- und Rechtsordnung als die bestehende eingetreten.

Für die Frage der Gesetzgebung sind jedoch die wirtschaftlichen Forderungen des Bürgertums wichtiger als die politischen. Diese waren es, die vorzüglich auf die Neugestaltung des Privatrechts durch die Gesetzbücher hingewirkt haben. Aber auch nach der Richtung waren die Forderungen der Naturrechtslehrer in erster Linie gegen den Feudalismus gerichtet, der Handel und Verkehr auf dem Lande, zum Teile auch in der Stadt, durch Bannrechte und gewerbliche Beschränkungen hemmte, den Bauer dem Interessengebiet des Bürgertums entzog, seine Arbeitskraft zugunsten des Grundherrn fesselte, und ihre Verwertung in der Industrie unmöglich machte. Dann aber trebten sie einen Rechtszustand an, der, auf Grundlage der Vertrags- und Verkehrsfreiheit aufgebaut, die Schranken der freien Betätigung niederriß und ständische und örtliche Rechtsverschiedenheiten beseitigte.

Die Bestrebungen des städtischen Bürgertums gaben also den Naturrechtslehrern als seinen Wortführern eine Gesetzgebungspolitik ein, die mit dem damaligen Rechtszustand allerdings soweit in Widerspruch stand, als dieser die freie Betätigung des Einzelnen behinderte. Das Ideal der Naturrechtslehrer wurde der Individualismus: der Einzelne, der, unbehindert durch ständische Unterschiede (Rechtsgleichheit), mit seinem Eigentum nach Belieben schalten kann, und nur durch die von ihm freiwillig eingegangenen Verträge gebunden ist. Daß dieses Ideal neue und ebenfalls recht schwere Gebundenheiten bedeutet, das sahen sie damals noch nicht und konnten es auch nicht sehen. Aber gerade dieses Ideal erschien ihnen im römischen Recht verwirklicht. So weit das römische Recht drückende Standesunterschiede kennt, den Einzelnen knebelt und fesselt — im öffentlichen Rechte, im Strafrechte und Familienrechte —, wurde es meistens nicht aufgenommen. Was vom römischen Rechte übrig blieb und im gemeinen Rechte ausgebildet worden ist, war das abstrakte Eigentum, der von Lasten freie und teilbare Boden, der freie Vertrag und das im wesentlichen gleiche Erbrecht. Das waren aber auch die Grundsätze der naturrechtlichen Gesetzgebungspolitik, die von Anfang an das Gewand einer individualistischen Rechtsphilosophie angenommen hatte. Im Rahmen des freien Eigentums und des freien Vertrages konnte das Bürgertum die meisten der Rechtseinrichtungen schaffen, deren es bedurfte, um sich in Zukunft zu entfalten. Wo also die Naturrechtslehrer ihr Recht ausnahmsweise näher entwickeln, erschließen sie es entweder aus bereits bestehenden Einrichtungen des städtischen Bürgertums, wie etwa Wolf sein Wechselrecht, oder fassen das Recht, so wie es das Bürgertum haben möchte: so wie etwa der Urkundenverfasser aus den Wünschen seiner Auftraggeber Vertragsbedingungen macht, bilden sie die Wünsche des Bürgertums in Rechtssätze um.

Das Naturrecht ist jedoch darüber noch einen Schritt hinausgegangen, denn es war tatsächlich bestrebt, ein eigenes, besonderes Rechtssystem, zumal ein eigenes Privatrecht, auf der individualistischen Gerechtigkeit aufzubauen. Die Grundsätze der individualistischen Eigentums- und Vertragsfreiheit, wie sie im abstrakten Eigentumsbegriff und dem Vertragssystem des gemeinen Rechts Ausdruck gefunden haben, im Dienste des noch sehr einfachen Güterverkehrs in der Volkswirtschaft des XVII. und XVIII. Jahrhunderts, dazu die landläufige Sittlichkeit des bürgerlichen Familienlebens, der Gedanke des Verfügungsrechts des Eigentümers über das Grab hinaus im Testamente zu Ende gedacht, und der Gedanke eines jeweils den nächsten Verwandten zugedachten, bei gleich nahen Verwandten gleichen Familienerbrechts, genügen in der Tat, um darauf wenigstens in großen Zügen, zuweilen mit fast mathematischer Strenge, ein Privatrecht zu entwerfen. Insoweit das Naturrecht das versuchte, war es offenbar Normenfindung, also Jurisprudenz. Allerdings war es eine überwiegend vom lebenden Rechte ausgehende, und dem geltenden Rechte gegenüber ziemlich freie, keineswegs aber davon unabhängige Jurisprudenz, da sie doch die bestehende gesellschaftliche und wirtschaftliche Ordnung voraussetzte, die sich zum großen Teile unter dem Einfluß des geltenden Rechts gestaltet hat.

Das römische Recht entsprach also den Naturrechtslehrern nach allen Richtungen besser, als es jedes andere, insbesondere das alte deutsche könnte. Sie haben es daher mit wenigen Ausnahmen, etwa Thomasius, keineswegs bekämpft, sie sind vielmehr im allgemeinen Anhänger des römischen Rechts, sie werden insbesondere nicht müde hervorzuheben, daß dieses im wesentlichen Naturrecht sei, oder sich doch nur sehr unbedeutend davon unterscheide. Richtig ist es jedoch, daß das römische Recht trotz alledem inhaltlich nicht ganz den Bedürfnissen der Gesellschaft im XVII. und XVIII. Jahrhundert entsprach, und daß einige Änderungen willkommen gewesen wären. Es sind aber nicht so sehr die Grundsätze des deutschen Rechts, als die Forderungen einer anderen Zeit, die die naturrechtlichen Lehren zuweilen in einen Gegensatz zum römischen Rechte bringen. In der Hauptsache hat man nicht am Inhalt des römischen Rechts, sondern an dessen Form Anstoß genommen. Dieses ungeschlachte, dickleibige Gesetzbuch in einer fremden Sprache, höchst unübersichtlich zusammengefaßt, mit einer ganzen Menge offenbar längst veralteten Stoffes belastet, mit der sich daran schleppenden unübersehbaren juristischen Literatur, den unendlichen Streitfragen, in denen sich kein Jurist, geschweige denn der Mann aus dem Volke auskannte, das war es, was die Naturrechtslehrer anfochten und was sie anders haben wollten. Schon Hotomanus, der eigentliche Urheber des

Kodifikationsgedankens, verlangte ein kurzes Gesetzbuch, das den Bedürfnissen der Rechtspflege vollständig Rechnung trägt, in einer allgemein verständlichen Sprache verfaßt ist, und mit den Streitfragen ein für allemal aufräumt, jeden Fall, der vorkommen kann, klar und billig entscheidet.

Immerhin ist es den Naturrechtslehrern gelungen, auch die juristische Technik um einen wichtigen Schritt weiter zu bringen. Aus den Grundsätzen des Naturrechts, die doch nichts anderes waren, als die Grundsätze eines individualistischen Eigentums- und Vertragsrechts, ließen sich allerdings keine brauchbaren praktischen Rechtssätze ableiten; aber die Neigung, das Recht aus Grundsätzen abzuleiten, erleichterte ihnen doch die Erkenntnis des Grundsätzlichen wenigstens im geltenden Rechte. Was die gemeinrechtliche Jurisprudenz bis dahin stets übersehen hatte, das wurde den Naturrechtslehrern mit einem Male klar: daß ein großer Teil der römischen Rechtsquellen nur einzelne Anwendungen viel allgemeiner lautender Rechtsnormen enthält, und daß man ein Gesetzbuch bedeutend kürzer, faßlicher und übersichtlicher machen könnte, wenn man bloß diese allgemeinen Rechtssätze aufnähme, nicht die Einzelanwendungen. Als ihre wichtigste Aufgabe betrachteten sie es daher, diese allgemeinen Rechtssätze zu finden, von denen sie glaubten, daß sie die Römer eben dem Naturrecht entnommen hätten; und ihr Standpunkt gestattete ihnen, jede Entscheidung in den Quellen, die zu ihren Grundsätzen nicht paßte, als eine Abweichung vom Naturrecht einfach beiseite zu schieben, aus dem natürlichen Rechtssystem auszuschalten. Ihrem Verfahren lag allerdings viel mangelndes Verständnis zugrunde für die verschiedenartigen Strömungen, die sich notwendigerweise in einem Rechtssysteme kreuzen, für das Positive und historisch Gegebene darin, aber schließlich auch als Kern der richtige, gute und neue Gedanke, daß es im Rechte allgemeine Grundsätze für die einzelnen Entscheidungen gäbe, und daß Besonderheiten nicht einfach hinzunehmen, sondern auf ihren Grund zu prüfen sind. Damit haben sie auch einen zuverlässigen Maßstab gefunden, um aus dem positiven Rechte das zu beseitigen, was darin als willkürliche Ausnahme oder als unbrauchbarer, nur historisch erklärlicher Rest erschien.

Das Naturrecht enthält daher in erster Linie eine Kritik der Form, und eine im allgemeinen und wesentlichen sich zumeist auf Nebenpunkte beziehende Kritik des Inhalts des römischen Rechts, das damals in Geltung war. Es wurde maßgebend für die spätere Form des winzig kleinen, in kurze Abschnitte gegliederten, alles nur grundsätzlich entscheidenden Gesetzbuchs. Positiven Stoff enthielt es nicht viel; dieser war nur zum Teile dem deutschen Rechtsbewußtsein entnommen, zum andern Teil stammt er aus den Einrichtungen

des Handels, Gewerbes, der entstehenden Großindustrie, also des städtischen Bürgertums auf allen diesen Gebieten.

Endlich gaben die Naturrechtslehrer ein durchaus individualistisches Juristenrecht. Da sie keine praktischen Juristen waren, so gingen sie dabei allerdings nicht auf Einzelheiten ein. Ihnen schwebte nur ein allgemeines Bild dessen vor, was sie verlangten. Ein praktisch anwendbares Juristenrecht dem gemeinen Recht entgegenzusetzen waren sie nicht imstande: ein solches entsteht nicht aus gesetzgebungspolitischen Erörterungen, sondern nur im Dienste der Rechtsprechung, bei Entscheidung einzelner praktischer Rechtsfälle. Selbst Wolf, der sich weit mehr als jeder andere mit Einzelfragen befaßt, gibt nicht wirkliche Rechtssätze, sondern stellt wirtschaftspolitische, gesetzgebungspolitische und sozialpolitische Forderungen im Sinne des Wohlfahrtsstaates auf, die neben dem, was er einfach dem geltenden Rechte entlehnt und einer Kritik des römischen Rechts den Hauptinhalt seines weitläufigen Werkes bilden.

Die Bausteine, aus denen die Gesetzbücher am Ende des XVIII. und Anfang des XIX. Jahrhunderts entstanden sind, waren daher: zunächst die gemeinrechtliche Jurisprudenz, dann die in den Landrechten, Reformationen und den Coutûmes enthaltenen Rechtssätze des bodenständigen Rechts, endlich die Forderungen der Naturrechtler. Die zwei ersten sind hauptsächlich Juristenrecht. Das Naturrecht war wieder Juristenrecht und außerdem auch eine gesetzgebungspolitische Kritik des geltenden feudalen Rechts und des Juristenrechts, enthielt also insofern überhaupt keinen eigenen Rechtsstoff, aber es war bestimmend für die äußere Form der Gesetzbücher.

In den drei in Frage stehenden Gesetzbüchern sind diese Bestandteile sehr verschieden gemischt. Am meisten enthält vom römischen Recht das Preußische Landrecht, von dem selbstverständlich hier nur die privatrechtlichen Teile in Betracht kommen, der Code civil die zahlreichsten Bestimmungen aus dem bodenständigen Recht (den coutûmes), das österreichische bürgerliche Gesetzbuch steht vorzüglich unter dem Einflusse des Naturrechts. Eigentliches staatliches Recht findet sich dagegen in ihnen nur wenig. Die Gesetzbücher enthalten daher im wesentlichen ein in die Form eines Gesetzes gebrachtes Juristenrecht, sie sind Legalisierungen des Juristenrechts. Daraus ergibt sich bereits, worin hauptsächlich ihre Bedeutung für die Rechtsentwicklung bestand. Sie hatten, das wußten ihre Verfasser und das wußte insbesondere sehr gut Savigny, kein Recht neu zu schaffen, sie hatten bloß das, was bereits Rechtens war, in eine mundgerechte Form zu bringen; das Veraltete auszuscheiden und das Geltende hie und da neuen Bedürfnissen anzupassen; also nach den Worten Savignys: „das bestehende Recht soll hier aufgezeichnet

werden, nur mit den Abänderungen und Verbesserungen, welche aus politischen Gründen nöthig seyn möchten.“

Das deutsche bürgerliche Gesetzbuch, obwohl um ein Jahrhundert später verfaßt, trägt doch dasselbe Gepräge, wie die dem XVIII. Jahrhundert angehörenden Gesetzbücher. Die Jurisprudenz, aus der es hervorgegangen ist, ist zwar um ein Jahrhundert jünger als die der andern Gesetzbücher, aber sie ist doch nur die um ein Jahrhundert jüngere gemeinrechtliche Jurisprudenz. Daneben hat es hauptsächlich unter dem Einflusse Gierkes viel vom deutschen Privatrecht aufgenommen, ebenfalls als Juristenrecht, in der Gestalt, wie es in den letzten hundert Jahren von den Germanisten in den Lehr- und Handbüchern des deutschen Privatrechts gestaltet wurde. Um so wichtiger ist es, zu betonen, wie sehr es mit dem Naturrecht zusammenhängt. Nach Form und Inhalt verwirklichte es die Forderungen der Naturrechtslehrer viel vollständiger als es je ein Gesetzbuch zuvor getan hatte, und wenn das so oft übersehen wird, so liegt es daran, daß das, was die Naturrechtslehrer gefordert haben, inzwischen zur platten Selbstverständlichkeit geworden ist. So läuft der größte Erfolg auf geistigem Gebiete darauf hinaus, daß die Wahrheit Gemeinplatz wird.

Bezeichnend für das uns im corpus iuris überlieferte römische Juristenrecht ist es, daß es ausschließlich richterliches Juristenrecht ist. Die römische Kautelarjurisprudenz scheint auf die Quellen Justinians gar keinen Einfluß geübt zu haben. Sie befassen sich allerdings mit dem Inhalte der Urkunden, aber nicht mit der Frage, wie sie zu verfassen, sondern wie Streitigkeiten, die daraus entstehen, zu entscheiden wären. Die gemeinrechtliche Jurisprudenz war dagegen zum großen Teile Urkundenjurisprudenz. Bei den Kommentatoren spielte sie eine besonderes große Rolle: sie fragen fortwährend, wie Urkunden zu verfassen wären, damit gewisse unwillkommene Rechtsfolgen unterbleiben. Indessen bei den deutschen und französischen Juristen des XVII. und XVIII. Jahrhunderts wird dieser Gesichtspunkt wieder stark in den Hintergrund gedrängt, sie beschäftigen sich überwiegend, ebenso wie die Naturrechtslehrer, mit richterlichem Rechte. Immerhin schimmert schon im Code civil und im österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch der Gedanke eines Mustervertrages hindurch: im Code civil wohl am meisten in den Bestimmungen über die eheliche Gütergemeinschaft, im österreichischen bürgerlichen Gesetzbuch in dem Hauptstücke über das Darlehen und den Pachtvertrag. Die Rechtsfolgen sollen so angeordnet werden, wie sie die Parteien angeordnet hätten, wenn sie darüber eine erschöpfende Urkunde verfaßt hätten. Da es fast ausschließlich ergänzendes Recht ist, so wird den Parteien ein bestimmter Vertragsinhalt nicht zugemutet, aber die Folge ist doch, daß die Parteien gezwungen sind, des im Gesetze ge-

regelten Vertragsinhalts bei Abschluß des Vertrages wenigstens zu gedenken, wenn andere als die gesetzlichen Folgen eintreten sollen. Trotzdem scheint auch hier die Rücksicht auf einen allfälligen Rechtsstreit zu überwiegen.

Erst im XIX. Jahrhundert sind nach französischem und englischem Vorgang Gesetze entstanden, die wenigstens teilweise den Inhalt einer Urkunde geben wollen. Sie sind zumeist dazu bestimmt, gewisse Einrichtungen, die bisher im Inlande unbekannt, vielleicht nach dem Rechtszustande unzulässig oder von zweifelhafter Zulässigkeit waren, zumeist nach ausländischem Beispiel in der Weise einzubürgern, daß den Parteien gestattet wird, sie durch Satzung oder Vertrag zu vereinbaren. Damit wird in der Regel verbunden die nähere Bestimmung des Inhalts der Willenserklärung, das meiste durch nachgiebiges, aber vieles auch durch zwingendes Recht. Der Zweck ist offenbar, dem Inhalt der Urkunde, die von den Parteien über das Geschäft zu errichten sein wird, so vorzuarbeiten, daß diese vor Übervorteilung geschützt werden (Reglementierung). Von dieser Art ist die gesetzliche Ordnung der Vereine, der Aktiengesellschaften, der (Schulze-Delitzschen) Genossenschaften, der Gesellschaften mit beschränkter Haftung, des Erbbaurechts. Damit ist oft verbunden die staatliche Aufsicht, ob der Vertrag dem Gesetze entspräche, als staatlicher Eingriff etwa bei der vorgeschriebenen Eintragung oder Genehmigung. Das alles darf uns die Einsicht nicht verschließen, daß es sich hier im wesentlichen um Kautelarjurisprudenz handelt, also um ein Juristenrecht, das vom Gesetzgeber gefunden wird. Im Altertum und im Mittelalter, ja bis in die neueste Zeit war es ausschließlich die Kautelarjurisprudenz, die sowohl neue Einrichtungen als auch die Musterformen dafür erfand, die das wirtschaftliche Leben brauchte; mußten für dritte Personen Schutzmaßregeln getroffen werden, so sorgten dafür die Gerichte durch Entscheidungsnormen, die die Wissenschaft und die Rechtsprechung aus eigenem schuf. Auf diesen Leistungen der Vergangenheit beruht noch heute der größte Teil unseres Rechtslebens. Immerhin stehen diese Gesetze dem staatlichen Recht näher, als irgend ein anderes Gebiet der privatrechtlichen Gesetzgebung. In dieser Form drang die Kautelarjurisprudenz ins deutsche bürgerliche Gesetzbuch (Vereinsrecht, eheliche Güterrecht, Gesellschaftsrecht), noch mehr ins Handelsgesetzbuch.

Alles in allem hatten die Gesetzbücher aus der bisherigen Entwicklung des Juristenrechts die Summe zu ziehen und dabei die Änderungen vorzunehmen, für die es der immer in hohem Maße an das Überlieferte gebundenen Jurisprudenz an Macht gebrach. Für die zweite Aufgabe war tatsächlich ein gesetzgeberischer Eingriff unentbehrlich; dagegen ist das Gesetzbuch keineswegs das einzige Mittel,

um dem größten Übelstande des Juristenrechts, dessen ungeheuerem Umfange, Unübersichtlichkeit, den unendlichen Streitfragen abzuhelfen. Das ist schon mehr als einmal durch andere Maßregeln bewirkt worden. Zum Teile geschah es in so mechanischer Weise, wie durch das Zitiergesetz des Kaisers Valentinian III. In der Gegenwart helfen sich die Engländer, die bereits mit mehr als 20 000 Bänden des in ihren Spruchsammlungen enthaltenen Juristenrechts zu rechnen haben, damit, daß sie es als wenig angemessen behandeln, wenn ein Barrister sich in seinen Gerichtsreden auf Entscheidungen beruft, die älter sind als 100—150 Jahre. Das sind gewiß sehr drastische Mittel, sich mit dem größten Übelstande des Juristenrechts abzufinden, aber offenbar unvermeidlich. Häufig übernehmen Privatarbeiten diese Aufgabe. Diese Bedeutung hatte das Decretum Gratiani und die Glosse des Accursius. Das gemeine Recht hatte zu jeder Zeit ein Werk, das als die Summe der Jurisprudenz betrachtet worden ist: noch in seiner letzten Gültigkeit den Windscheid und nachher den Dernburg. Das Gesetzbuch ist daher nur eine von vielen Möglichkeiten, um dem Juristenrecht eine für die Rechtspflege geeignete Form zu geben.

Die Legalisierung des Juristenrechts in den Gesetzbüchern hat zunächst nur die Folge, daß das, was bisher an Juristenrecht vorhanden war, nunmehr in der Form des Gesetzes wiederkehrt. Aber dieser Formwechsel bleibt nicht ohne Einfluß auf den Rechtszustand. Denn die Jurisprudenz schöpfte bis dahin ihren Inhalt aus der Gesellschaft, sie bildete Rechtssätze auf Grund der gesellschaftlichen Tatsachen unter dem Einflusse gesellschaftlicher Strömungen. Das soll jetzt anders werden. Unter den verschiedenen Gedankengängen, die durch die Gesetzbücher ausgelöst werden, ist wohl einer der wichtigsten und verbreitetsten, daß die Jurisprudenz nur auf Grund des Gesetzbuchs fortarbeiten dürfe. Das, was aus der früheren Jurisprudenz an gesellschaftlichem Stoffe ins Gesetzbuch übergangen ist, soll durch die an das Gesetzbuch anknüpfende Jurisprudenz entwickelt werden, aber es ist ihr verwehrt, neuen Stoff selbständig zu gestalten. Wie sonst so oft, so fallen auch hier die Absichten und die Wirkungen der Gesetzgebung nicht zusammen.

Da die Gesetzbücher vor allem Juristenrecht sind, so geben sie wie jedes Juristenrecht zunächst eine gesellschaftliche Morphologie: sie beschreiben die gesellschaftlichen Verhältnisse rechtlicher Art so weit, als sie dem Gesetzgeber zum Bewußtsein gekommen sind und als es der Gesetzgeber für notwendig hielt, sie im Gesetze zu regeln oder wenigstens zu erwähnen. Dieser morphologische Inhalt des Gesetzbuchs kann selbstverständlich nicht staatliches Recht werden. Denn staatliches Recht ist keine Morphologie. Der Staat gestaltet nur sich selbst,

seine eigenen Einrichtungen, sein Heer und seine Behörden, die Gesellschaft gestaltet er nicht, er kann ihr nur befehlen oder verbieten. Aber das kann allerdings in Frage sein, ob die gesetzliche Morphologie nicht nach der Absicht des Gesetzgebers eine erschöpfende sein soll, ob sie nicht also mit einem staatlichen Befehle verbunden wäre, keine anderen als die gesetzlich zugelassenen und geregelten gesellschaftlichen Einrichtungen zu schaffen, ob daher gesellschaftliche Verbände, Familienbeziehungen, Unternehmungsformen, Verträge, letztwillige Erklärungen anderer Art, als die im Gesetze beschriebenen, noch möglich wären.

Ein staatliches Verbot gewisser Einrichtungen kann selbstverständlich auch in der Art erfolgen, daß sie im Gesetzbuch übergangen werden. Das Verbot ist dann staatliches Recht. Es hat dieselbe Bedeutung wie jedes andere staatliche Verbotsgesetz. Der Code civil hat dadurch, daß er über die juristischen Personen schweigt, die Entwicklung der Körperschaften zweifellos hemmen, wohl auch verhindern wollen, und er hat dadurch auch tatsächlich das französische Vereinswesen ungemein ungünstig beeinflußt. Ebenso hat wohl auch das deutsche bürgerliche Gesetzbuch die Entstehung anderer dinglicher Rechte als der im Gesetze geregelten unmöglich machen wollen; und bei neuen Verträgen wird nicht selten die Frage auftauchen, ob sie nach dem Gesetz anzuerkennen sind. Das österreichische bürgerliche Gesetzbuch hat das Stockwerkeigentum durch Übergehung beseitigt. Es kommt dabei nur darauf an, ob der Staat imstande ist, das Verbot durchzusetzen. Das ist freilich dort, wo das Verbot nur privatrechtlich gesichert ist, wo daher durch das Verbot der neuen Einrichtung nur der Schutz durch Klage und Einrede entzogen ist, oft sehr zweifelhaft. Wir sehen das an den verbotenen Verträgen, an den verbotenen Gesellschaften, an den verbotenen letztwilligen Zuwendungen (etwa an die tote Hand), daß sie sich auch gegen das Gesetz halten und gedeihen können.

Der Jurist der hergebrachten Richtung ist allerdings oft geneigt, ein Rechtsverhältnis, weil es im Gesetzbuch nicht erwähnt wird, für verboten zu halten. Selbst das unschuldige fideicommissum eius quod supererit, obwohl es im österr. A.B. G.B. nur deswegen nicht erwähnt wird, weil man „keine gesetzlichen Vorschriften diesfalls für erforderlich hielt“, scheint nach einer Bemerkung von Pfaff und Hofmann vielen für unzulässig zu gelten. Aber in der Regel hat die juristische Morphologie gesellschaftlicher Erscheinungen keineswegs die Bedeutung eines solchen staatlichen Verbotsgesetzes. Die vier Arten der contractus der römischen Juristen haben Vereinbarungen anderer Art nicht aus der Welt geschafft, und das römische Testamentsrecht Vergabungen auf Todesfall, die keine Testamente waren, nicht unmöglich gemacht; und so hat auch die Aufnahme und Beschreibung

einzelner Rechtsverhältnisse im Gesetzbuch nicht die Wirkung, daß damit alles, was sich nicht hineinschickt, aus dem Recht verbannt wird.

So lange die im Gesetzbuch nicht vorgesehenen Rechtsverhältnisse mit den staatlichen Behörden in keine Berührung treten, hat der praktische Jurist keinen Anlaß, sich darum zu kümmern: von seinem Standpunkte aus liegen sie außerhalb des Rechts. Die moderne Entwicklung des Trusts und Kartellwesens sowie des Tarifvertrages zeigt, in welchem ungeheueren Maße gesellschaftliche Rechtsbildung am gesetzten Recht vorbei erfolgen kann. Das wird aber dann anders, wenn den neuen Rechtsverhältnissen durch eine Urkunde eine zweifellos gesetzlich anerkannte Grundlage gegeben werden soll, wenn es zu einem Rechtsstreite kommt oder sonst, etwa infolge staatlicher Aufsicht, ein behördlicher Eingriff unvermeidlich wird. Jetzt entsteht erst für den Juristen die Frage, ob er im Gesetzbuch die für das Rechtsverhältnis passenden Formen und Entscheidungsnormen zu finden vermag, oder, wie sich die deutsche gemeinrechtliche Jurisprudenz auszudrücken pflegte, ob er das Verhältnis juristisch konstruieren kann. Das ist eine Frage der juristischen Technik und je nach deren Stande verschieden zu beantworten; sie ist eine andere unter der Herrschaft des römischen Aktionensystems, eine andere in der gemeinrechtlichen, eine andere in der angloamerikanischen Jurisprudenz und wird bei freier Rechtsfindung wieder ein vom gegenwärtigen ganz verschiedenes Gesicht zeigen.

Es fehlte bei jeder Art Jurisprudenz nicht an Fällen, wo die juristische Konstruktion nicht möglich schien. Eines der berühmtesten Beispiele aus der letzten Zeit ist die Rübenlieferungspflicht der Aktienbesitzer der Zuckerfabriken. Die Folge dieser Unmöglichkeit ist, daß das Verhältnis, des gerichtlichen und behördlichen Schutzes entbehrend, sich entweder ausschließlich durch gesellschaftliche Kräfte aufrecht erhält oder verkümmert. Das ist gewiß ein trauriger Erfolg, zumal dort, wo ein starkes gesellschaftliches und wirtschaftliches Bedürfnis darnach vorhanden ist, wo weder ein staatliches Verbotsgesetz noch sonst ein öffentliches Interesse entgegensteht; und es muß nachdrücklichst hervorgehoben werden, daß der Fehler dann immer nicht an dem Verhältnis, sondern an der Jurisprudenz ist, deren technische Mittel nicht hinreichen, um ihrer ewigen Aufgabe zu genügen, das Recht den Bedürfnissen des Lebens dienstbar zu machen. Notwendigerweise müssen die Gesetzbücher die Schwierigkeiten vermehren, die der Jurisprudenz neue Erscheinungen des Rechtslebens bereiten. Denn mit den Gesetzbüchern entsteht fast von selbst der Gedanke, jetzt sei durch ein Machtgebot des Gesetzgebers die Jurisprudenz nicht bloß für die Vergangenheit, sondern auch für die Zukunft abgeschlossen,

der Jurist habe die Lösung jeder Aufgabe, die an ihn herantritt, nur noch im Gesetzbuch zu suchen. Was das Gesetzbuch über die Ausfüllung seiner Lücken vorschreibt, ist gleichgültig gegenüber der Tatsache, daß es dem Juristenstande als Verkörperung der Geschlossenheit des Rechtssystems entgegentritt. Jetzt hat die Jurisprudenz, die richterliche und die schriftstellerische, keine andere Aufgabe, als die, die Erscheinungen des Lebens nach dem Gesetze zu beurteilen, sie muß jeden Anlauf immer vom Gesetze nehmen. Könnte das Gesetzbuch der gesellschaftlichen Entwicklung über sich hinaus halt gebieten, dann wäre es imstande, auch die Jurisprudenz zum Stillstand zu bringen, denn es wäre ihr dadurch jeder neue Gegenstand, für den sie neue Rechtsformen zu finden hätte, entzogen. Aber es hat sich gezeigt, daß das Gesetzbuch diese Wirkung weder hat noch anstrebt. Für die neuen Bedürfnisse der Gesellschaft muß es immer auch neues Juristenrecht geben. Der beliebte Hinweis auf die „Abhilfe durch die Gesetzgebung“ verkennt sowohl die Aufgabe der Jurisprudenz, als auch die der Gesetzgebung. Konstruktionsschwierigkeiten von der Art, wie bei der Rübenlieferungspflicht der Zuckerfabriken, erscheinen jeden Augenblick auf dem Plane, sie bilden das tägliche Brot des praktischen Juristen. Der Gesetzgeber, der ihnen allen nachrennen wollte, hätte wahrlich viel zu tun, und wer könnte sich dann noch im Wuste der Gesetze auskennen. Und schließlich ist es auch nicht Zweck der privatrechtlichen Gesetzbücher, die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Kräfte des Volkes bis zu einem neuerlichen Eingriff des Gesetzgebers zu binden oder gar zu zerstören.

Die menschliche Gesellschaft, insbesondere die menschliche Wirtschaft verlangt gebieterisch für die neuen Lebensformen nach neuen Rechtsformen. Tatsächlich haben die drei älteren Kodifikationen, des preußischen Landrechts, des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuchs und des Code civil die gesellschaftliche und wirtschaftliche Entwicklung über sie hinaus nicht aufgehalten. Neue, früher unbekannte Verbandsbildungen, neue Vertragsarten, neue Unternehmungsformen und neue Arten der Willenserklärung auf Todesfall sind aufgekommen, und die Jurisprudenz fand für sie auch entsprechende Entscheidungsnormen und Rechtsmittel, sowohl im Rahmen des Gesetzes, als auch neben dem Gesetze. Es wird unter der Herrschaft des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs, wie jetzt schon erkennbar, nicht anders sein.

Die „Geschlossenheit des Rechtssystems“ war nie etwas anderes als eine rein theoretische Schulweisheit. Einem starken und gerechtfertigten gesellschaftlichen oder wirtschaftlichen Bedürfnis hat die Jurisprudenz auf die Länge wohl nie widerstehen können, und es stets als ihre wichtigste Aufgabe betrachtet, für die neuen Gestaltungen Formen zu finden, die in den Rahmen des Gesetzes passen (Kautelar-

jurisprudenz) und Entscheidungsnormen festzusetzen, die ihrer Natur Rechnung tragen, ohne das Gesetz unmittelbar zu verletzen. Wer die Entwicklung der Jurisprudenz beobachtet hat, der wird zugeben, daß die Aufgabe, die an den Juristen täglich und stündlich herantritt, nicht bloß lösbar ist, sondern auch tatsächlich jeden Augenblick gelöst wird. Um nur ein sehr wichtiges und berühmtes Beispiel anzuführen, sei auf die Lebensversicherung hingewiesen. Sie wird sowohl im Code civil als auch im österreichischen bürgerlichen Gesetzbuch mit Stillschweigen übergangen, nicht von ungefähr, sondern zu dem Zwecke, um sie damit zu verbieten. Das ergibt sich für den Code civil aus einer Äußerung von Portalis, eines seiner Verfasser, und aus einer Bemerkung des Zeitgenossen Merlin in seinem Repertoire; für das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch hat es v. Herzfeld aus den Materialien bewiesen. Man hielt eine Spekulation auf das menschliche Leben für unsittlich, man befürchtete auch den Reiz zum Verbrechen, der dadurch gegeben wäre. Wenn irgendwo, so wäre es hier geboten, den Vertrag mit Rücksicht auf das Schweigen des Gesetzes abzulehnen. Wie würde die Welt ausschauen, wenn die Jurisprudenz sich hier nicht ihrer ewigen Aufgabe bewußt geblieben wäre?

Das neue Recht für die neuen Verhältnisse entnehmen die Juristen unter der Herrschaft eines Gesetzbuchs ebenso wie die Juristen aller Zeiten, der konkreten Gestaltung der Rechtsverhältnisse selbst, also vor allem den Willenserklärungen, Urkunden, der Verkehrssitte, bereichern es durch ihre Verallgemeinerungen und Normenfindungen und messen es dann am Inhalt der Gesetzbücher. So entstand ja gerade im letzten Jahrhundert aus dem Inhalte der Versicherungsverträge das Versicherungsrecht. Die Gesetzbücher erleichtern der Jurisprudenz, sowohl der richterlichen als der Urkundenjurisprudenz, ihre Arbeit, vielleicht zum Teile unbewußt, aber doch in sehr wirksamer Weise, durch die außerordentliche Dehnbarkeit ihrer Bestimmungen. Die Vereinsfreiheit, Vertragsfreiheit, die Testamentsfreiheit sind ein ungeheuer weiter Rahmen, in dem das meiste untergebracht werden kann, was das Leben fordert. Überdies enthalten die Gesetzbücher stets eine Reihe von Begriffen, die es wenigstens der Rechtsprechung ermöglichen, für neue Einrichtungen passende Rechtsnormen zu schaffen. Es sind das die Begriffe der stillschweigenden Willenserklärung, der Verkehrssitte, die Grundsätze der guten Treue (bonne foi), das Prinzip von Treu und Glauben, und dazu kommen noch die alten bewährten Hausmittel der praktischen Jurisprudenz seit der Glossatorenzeit: die Begriffsbildung und die Konstruktion. So ist es in der Tat sowohl der österreichischen als auch der französischen Rechtsprechung, in bescheidenem Umfange auch der preußischen im Geltungsgebiete des

allgemeinen Landrechts gelungen, das gesetzliche Recht ebenso mit neuem Inhalt zu erfüllen, wie die gemeinrechtliche Jurisprudenz das Recht des corpus iuris für die jeweiligen Bedürfnisse des Lebens immer neu auszugestalten gewußt hat. In der Gegenwart sind die beiden älteren Gesetzbücher, die noch in Geltung sind, der Code civil und das österreichische bürgerliche Gesetzbuch mit einer so dicken Kruste neuen Juristenrechts überzogen, daß der ursprüngliche Inhalt kaum noch stellenweise hindurchscheint. Und es ist begreiflich, daß in beiden Ländern bereits der Ruf nach einer Neuordnung des bürgerlichen Rechts erschallt, der wieder die Aufgabe haben wird, die schon vor 100 Jahren gelöst worden ist: neues aufzunehmen, aus dem, was bisher geschaffen ist, die Summe zu ziehen und dabei so mancher neuen Forderung Rechnung zu tragen, die durch das bisherige Recht nicht erfüllt worden ist. Das neue Recht wird eine neue Morphologie der Gesellschaft geben müssen, zu einer neuen Normbildung Anlaß geben, die selbstverständlich ebensowenig die endgültige sein wird, wie es je einem Gesetzgeber gelungen ist, der gesellschaftlichen Entwicklung das letzte Wort zu sagen.

Man sollte es nie übersehen, daß das Juristenrecht auch im Gesetzbuch noch immer etwas anderes ist als staatliches Recht. Selbst in dieser Form kann es, seinem innersten Wesen nach, wie sonst überall, nicht ein Befehl an die Untergebenen sein, wie das staatliche Recht, sondern eine Weisung und eine Belehrung: Wer würde denn der Regel über den Kauf auf Probe dieselbe Kraft für den Richter beilegen, wie etwa den Bestimmungen des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs über den Sachwucher. Das Juristenrecht legt sich den Verhältnissen nicht auf, es ist ihrem Inhalte in der Vergangenheit entnommen und soll sich diesem Inhalte in Zukunft anschmiegen. Wie weit und dehnbar sind die aus dem Juristenrecht stammenden Vorschriften des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs über das Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, verglichen mit dem in demselben Paragraphen untergebrachten staatlichen Recht des wucherischen Geschäfts. Die Voraussetzungen und die Folgen des letzten kann und muß man ausschließlich aus dem Gesetze erschließen; was das Rechtsgeschäft ist, das gegen die guten Sitten verstößt und welche Folgen es hat, darüber soll die ganze vorausgehende Literatur und Rechtsprechung und die ganze nachfolgende Auskunft geben.

Die Bestimmungen des römischen Rechts über die Haftung für culpa lata und culpa levis sind typische Verallgemeinerungen des Juristenrechts. Die Römer haben keineswegs damit beabsichtigt, dem Juristen im vorhinein vorzuschreiben, welches Maß des Verschuldens er bei den einzelnen Rechtsverhältnissen annehmen soll. Die römischen Juristen haben damit nur das beschrieben, was tatsächlich in der

Rechtsprechung geübt worden ist. Es war nicht ein Sollen für die Zukunft, sondern bloß ein Ist in der Gegenwart. Die Grundsätze, nach denen die Richter in Rom tatsächlich das Verschulden beurteilt, verdichteten sich zur Lehre der römischen Juristen über die im Geschäftsleben erforderliche Sorgfalt.

In die modernen Geschäftsbücher aufgenommen verwandelten sich der Form nach die römischen Verallgemeinerungen in Rechtssätze, die den Richter in der Zukunft binden sollen. Daß sie es in der Tat nicht tun, ist trotzdem zweifellos. Das österreichische bürgerliche Gesetzbuch schreibt allerdings bei allen Verträgen die Haftung auch für leichtes Verschulden vor, nur der Maßstab des Schadenersatzes hängt vom Maße des Verschuldens ab. Und nun vergleiche man den Fall, daß jemand, etwa vor Antritt einer Reise, seine Kostbarkeiten bei einem Freunde hinterlegt, der sie aus Gefälligkeit übernimmt, mit dem Fall, daß er sie einem gewerbsmäßigen Aufbewahrer gegen Entgelt übergibt. Das, was bei einem Aufbewahrer als Verschulden gilt, wird selbstverständlich nicht als Verschulden gelten können, wenn es sich um einen gefälligen Freund handelt. Die Rechtsprechung macht offenbar auch in Österreich denselben Unterschied, den die Römer gemacht haben: sie nimmt im ersten Falle eine Haftung für leichtes Verschulden, im zweiten eine Haftung bloß für grobes Verschulden an. Die Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuchs haben nur die Wirkung gehabt, daß die Richter nicht zwischen groben und leichten Verschulden unterscheiden, sondern nur dort, wo es ihnen nicht angezeigt scheint, eine Haftung anzunehmen, überhaupt ein Verschulden verneinen. Das österreichische bürgerliche Gesetzbuch ist also mit dem Versuche gescheitert, aus einer Lehre des Juristenrechts, zu dessen Wesen die Anpassungsfähigkeit gehört, eine starre unbewegliche Norm zu machen. Und so wird es wohl auch bei den Gesetzbüchern sein, die die Abstufung der culpa levis und culpa lata anerkannt haben.

Die Gesetzbücher haben daher die Rechtsentwicklung weder zum Stillstande gebracht, noch auch ganz auf den Weg der Gesetzgebung verwiesen: sowohl die Entwicklung des lebenden gesellschaftlichen Rechts als auch die Entwicklung der Urkundenverfassung und der Rechtsprechung geht weiter ihren Weg. Die Urheber der Gesetzbücher haben allerdings geglaubt, jede Jurisprudenz ausschließen zu können: nicht bloß Justinian, sondern auch Kaiser Josef II., Friedrich II. und Napoleon I., der ja, als er den ersten Kommentar erblickte, ausrief: mon code est perdu. Aber das liegt doch nur daran, daß sie, wie alle Männer der Tat, nur dem Augenblick lebten, und die von ihrem Willen unabhängige Zukunft abschaffen wollten.

Für die Zeit unmittelbar nach dem Erscheinen des Gesetzbuchs ist es allerdings einigermaßen wahr, daß man keine Jurisprudenz brauche. Da das Gesetzbuch das, was an Juristenrecht da war, in sich aufnahm, so sind für den Augenblick wenigstens Fragen von größerer Wichtigkeit darin erledigt: und die Jurisprudenz, die an dem Werk mitarbeiten wollte, dürfen die Verfasser als einen nicht bloß unberufenen, sondern auch überflüssigen Mithelfer ablehnen. Aber bald bringt die Zeit neue Fragen mit sich, für die im Gesetzbuch keine oder wenigstens keine befriedigende Antwort vorhanden ist. Und in diesem Augenblick steht die Jurisprudenz wieder vor ihrer ewigen Aufgabe, das Recht den Bedürfnissen des Lebens dienstbar zu machen; und sie erfüllt diese Aufgabe mit denselben Mitteln, mit denen sie sie seit jeher erfüllte. Sobald das Gesetz überholt ist, setzt die Jurisprudenz mit neuer Kraft wieder ein. Je älter das Gesetzbuch ist, um so sichtbarer wird der von der Jurisprudenz ausgeführte Umbau und Ausbau. Vom Danske Lov v. J. 1683 gilt kaum ein Satz mehr in seiner ursprünglichen Bedeutung. Auch auf die französischen Gesetzbücher aus dem Anfang des XIX. Jahrhunderts hat die Zeit mächtig eingewirkt. Wer nichts kennt als den code civil, hat von dem vor den französischen Gerichten geltenden bürgerlichen Recht nur eine höchst mangelhafte Vorstellung. Das wirklich geltende französische Recht muß man im Dalloz und Sirey suchen, nicht in den Gesetzbüchern. Und so jung auch das deutsche bürgerliche Gesetzbuch ist, so ist doch die deutsche Rechtsprechung, wie Hedemann, Jung und andere Anhänger der freirechtlichen Bewegung gerne hervorheben, bereits unzählige Male darüber hinausgegangen.

Das hat man also bei den drei älteren Gesetzbüchern bereits erfahren. Der code civil hat dabei eine Erscheinung gezeitigt, die ganz außerordentlich lehrreich ist. Während in Frankreich die Jurisprudenz zeitweilig stille gestanden ist, erschien in Deutschland unmittelbar nach dem code civil das berühmte Handbuch des französischen Zivilrechts von Zachariae, das bereits eine ganz ausgesprochene juristische Fortbildung des Rechts des Code civil bedeutet und als solche auch von den Franzosen anerkannt worden ist. Warum das in Deutschland und nicht in Frankreich geschah? Weil der code für die Franzosen nichts war, als eine Zusammenfassung ihrer bisherigen Jurisprudenz, der sie wenigstens in diesem Augenblicke nichts hinzuzufügen hatten. Für den Deutschen dagegen lag die Sache im vorhinein ganz anders. Es war nicht seine eigene Jurisprudenz, die im code Ausdruck gefunden hat, sondern eine Jurisprudenz, die sowohl von einer abweichenden gesellschaftlichen Morphologie ausging, als auch zu einer anderen Normenbildung gelangte. Zachariae tat nun annähernd das, was sonst der Jurist bei einem überholten Gesetzbuch

tut: er verarbeitete in die Jurisprudenz des code die Jurisprudenz seiner eigenen, einer teilweise von der französischen sehr verschiedenen Gesellschaft. So wurde sein Handbuch vorbildlich für die spätere französische Jurisprudenz, die dann die Jurisprudenz ihrer eigenen, aber seither vorgeschrittenen Gesellschaft in den code zu verarbeiten hatte. Sein Werk gilt den Franzosen ebenso als klassisch, wie dessen französische Fortbildung durch Aubry und Rau.

XIX.

Die Theorie des Gewohnheitsrechts.

Mit allem Nachdrucke hat es schon Mommsen hervorgehoben, daß bei den Römern „gewöhnlich und insbesondere im Sprachgebrauch der Rechtsbücher“, also man darf wohl sagen technisch, der Ausdruck ius publicum nicht das das Volk betreffende, sondern das von der Gemeinde ausgehende Recht bedeutet. Ius publicum in diesem Sinne sei wesentlich dasselbe, was in der älteren Rechtssprache durch lex publica bezeichnet zu werden pflegt. Ius publicum wäre darnach nicht Staatsrecht, sondern das vom Staate gesetzte Recht. Diese Bemerkung Mommsens wird durch den Inhalt der Quellen bestätigt. In meinen Beiträgen zur Theorie der Rechtsquellen habe ich bewiesen, daß ius publicum in den Quellen nur selten im Sinne von Staatsrecht und nie, wie man bisher gewöhnlich geglaubt hat, im Sinne von zwingendem Recht, sondern regelmäßig im Sinne des vom Staate ausgehenden Rechts verwendet wird. Bei Cicero und den republikanischen Juristen sind ius publicum insbesondere die leges und plebisscita, bei den Juristen der Kaiserzeit überdies die Senatusconsulta, das prätorische Edikt und das kaiserliche Konstitutionsrecht. Wo immer von Juristen eine bestimmte Vorschrift als dem ius publicum angehörend bezeichnet wird, beruht sie nachweisbar auf einer lex, einem plebisscitum, einem Senatusconsultum, auf einer im Edikt oder in einer Constitutio enthaltenen Bestimmung.

Der Begriff des ius privatum ist durch den Gegensatz zum ius publicum in diesem Sinne gegeben: es ist das auf den anderen, nichtstaatlichen Quellen beruhende Recht, das römische Gewohnheitsrecht, insbesondere das römische Juristenrecht. Das was Ulpian darüber sagt, ist wörtlich zu nehmen: tripertitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus. Diese drei Arten der praecepta, sowohl die praecepta naturalia als auch die iuris gentium und civilia, gehören dem nichtstaatlichen Rechte an.

Das ius privatum ist ein späterer, rein schulmäßiger Begriff, hauptsächlich dadurch veranlaßt, daß es durch die Logik geboten schien, alle Arten von Rechtssätzen, die nicht dem ius publicum angehörten, irgendwie zu einer Einheit zusammenzufassen. Der ur-

sprünglichen Rechtssprache gehört nicht das ius privatum, sondern der Ausdruck ius civile an. Die älteste Bedeutung des ius civile, die sich seit dem auctor ad Herennium bis in die Zeit der klassischen Juristen überall findet, wo dieser Ausdruck absolut, ohne einen Gegensatz, etwa des ius gentium, gebraucht wird, ist die des im römischen Gerichtsverfahren anwendbaren Juristenrechts. Den Gegensatz zum ius civile bilden noch bei Cicero die leges: legibus et iure civili ist bei ihm eine stehende Wendung. Die leges, die auch für das gerichtliche Verfahren maßgebend sind, vor allem die leges testamentariae, nennt Cicero leges de iure civili. Das prätorische Edikt steht bei ihm noch im Hintergrund, die anderen, späteren Rechtsquellen, senatusconsulta und constitutiones, sind zu seiner Zeit nicht vorhanden.

Demgemäß unterscheiden die Römer in der republikanischen Zeit zunächst nur zwei Rechtsquellen: das ius civile oder, wie es noch Pomponius nennt, das proprium ius civile und die leges. Das erste ist das Juristenrecht, wird auf eine Auslegung der XII Tafeln durch die Juristen zurückgeführt, etwa so, wie die mohamedanische Jurisprudenz ihren ganzen unübersehbaren Normenschatz aus etwa hundert Stellen des Koran ableitet, von denen die wenigsten übrigens überhaupt einen Rechtssatz enthalten. Selbstverständlich nimmt diesen Ursprung des ius civile aus den XII Tafeln, wie die Darstellung des Pomponius beweist, niemand mehr ernst. Später kommt zu den leges und dem ius civile noch das prätorische Edikt; daß es schon in republikanischer Zeit in der Theorie als Rechtsquelle gegolten habe, ist nicht nachweisbar, aber praktisch war es eine solche, wie sich beides besonders aus Cicero ergibt. Die große Masse des Privatrechts stammte zweifellos aus dem ius civile; das Edikt und die leges haben nur einzelne Gebiete behandelt, wenn sich ein dringendes Bedürfnis nach einer neuen Regelung zeigte. Die zwei neuen Rechtsquellen der Kaiserzeit, die Senatusconsulta und die kaiserlichen Konstitutionen, blieben bekanntlich bis ins byzantinische Reich nicht unangefochten.

Diese Ansicht von den römischen Rechtsquellen ist, seitdem ich sie zum erstenmal aufgestellt habe, von unbefangenen Gelehrten wenigstens in ihren Grundzügen ziemlich allgemein als richtig anerkannt worden. Ich möchte nur noch hinzufügen, daß ich seither einiges Material gesammelt habe und darin meine Ansicht durchaus bestätigt finde. Die Zweifel, die von der Kritik geäußert worden sind, beziehen sich auf den Gegensatz des ius civile und ius honorarium. In meiner Schrift behaupte ich, daß das ius civile als römisches Juristenrecht bei den Römern bis in die spätere Kaiserzeit zum prätorischen Recht genau in demselben Gegensatz steht wie zum ius legitimum, den Senatuskonsulten und dem Konstitutionenrecht. Dafür sprechen auch zahllose Zeugnisse. Das steht allerdings im

Widerspruch mit der bekannten Papinianstelle in den Digesten, die das ganze Recht in ein ius civile und ein ius honorarium einteilt und zum ersten außer der auctoritas prudentum noch die leges, plebiscita, senatusconsulta und decreta principum zählt. Was die Stelle in ihrem ursprünglichen Zusammenhange bedeutete, wissen wir nicht; aber die Lehre, die sie vorträgt, ist sonst nirgends überliefert. An keiner anderen Stelle wird das Recht in dem Sinne, wie es hier geschieht, in ein ius civile und ein ius honorarium eingeteilt: wo wir sonst in den Quellen eine ähnliche Einteilung finden, bezieht sie sich ausschließlich auf die actiones und das Erbrecht. Es gibt actiones, die dem ius civile und dem ius honorarium angehören, ein ziviles und honorarisches Erbrecht, darüber hinaus ist nirgends von einem zivilen und honorarischen Rechte die Rede. Aber auch von einer solchen Einteilung des Aktionenrechts und des Erbrechts in ein ziviles und honorarisches hören wir nichts vor der severischen Zeit. Insbesondere findet sich bei Gaius keine Spur davon. Ich habe daher die Überzeugung ausgesprochen, daß die Papinianstelle in ihrem ursprünglichen Zusammenhange nur das Erbrecht betraf, und daß die Lehre von den zivilen und honorarischen Aktionen, vom zivilen und honorarischen Erbrecht, die überdies ausschließlich auf praktischen, nicht quellentheoretischen Erwägungen beruht, von den Juristen der severischen Zeit erfunden wurde. Der Grundgedanke meiner Schrift wäre jedoch nicht im mindesten erschüttert, wenn es sich nachweisen ließe, daß die Lehre Papinians und der severischen Juristen in etwas früherer Zeit entstanden ist, wie das vor allem Girard annimmt.

Dieser Grundgedanke ist: das römische Recht, das vor den Gerichten in Anwendung kam, ist seinem Kerne und seinen ursprünglichen Bestandteilen nach das ius civile, Juristenrecht, und ist es bis in die späteste Kaiserzeit geblieben. Zu diesem Grundstock gesellen sich dann später die leges, das Edictum, die Senatusconsulta, die constitutiones. Selbstverständlich ist damit gar nicht gesagt, daß der Ausdruck ius civile nie eine andere Bedeutung gehabt habe als: Juristenrecht. Es gibt keinen Ausdruck in der menschlichen Sprache, der Jahrhunderte hindurch immer dieselbe Bedeutung beibehalten hätte. Wie sehr selbst technische Ausdrücke der römischen Juristensprache immer vieldeutig waren und auch im Laufe der Zeiten ihre Bedeutung gewandelt haben, das lehrt ein Blick in das Vocabularium iurisprudentiae romanae. Insbesondere nehmen die Ausdrücke, wie übrigens jedem Sprachforscher bekannt ist, eine besondere Bedeutung durch den Gegensatz an, in den sie gebracht werden. Wird ius civile in Gegensatz gebracht zu ius gentium oder ius militare oder ius criminale, so bedeutet es nicht mehr Juristenrecht, sondern eben den Gegensatz zu ius gentium, ius militare oder ius criminale. Das habe

ich in meiner Schrift dargelegt. Deswegen werde ich nicht, wie Mitteis meint, durch Gaius Inst. I, 1, 1 widerlegt, den ich übrigens nicht übersehen, sondern sorgfältig besprochen habe. Nur wo ius civile absolut, ohne einen Gegensatz, gebraucht wird, bedeutet es, von Cicero bis zum Gewährsmann des Boethius, so viel ich sehe, immer Jurisprudenz, Juristenrecht, und ich glaube nicht, daß mir irgendeine Stelle entgangen ist. Noch Paulus sagt (Sent. IV, 8, 20): idque iure civili Voconiana ratione videtur effectum, wobei iure civili nichts anderes bedeuten kann als „durch Juristenrecht“.

Erst diese Erkenntnis macht uns die Entwicklung des römischen Rechts verständlich. Und das ist um so wichtiger, als es sich keineswegs um römische Besonderheiten handelt. Dieselben Erscheinungen zeigen sich auch bei der Bildung des einzigen anderen Rechts, das ohne Aufnahme und ohne merkliche fremde Einflüsse eine sehr hohe Stufe erreicht hat. Auch im englischen Rechte findet sich der Gegensatz des common law und des statute law, der vollständig dem römischen Gegensatz des ius civile und ius legitimum entspricht. Auch das common law ist ausschließlich Juristenrecht, der von den Richtern festgesetzte custom of the realm. Auch das statute law ist nur das vom Staate ausgehende ius legitimum. Auch hier kommt in der Folge als dritter Bestandteil das Amtsrecht, die equity, dazu. Man darf also mit Grund behaupten, daß es sich hier nicht um eine Zufälligkeit der römischen Rechtsbildung handelt, sondern um das Gesetz einer jeden Rechtsbildung, die sich, unabhängig von der Staatsgewalt, von einem Mittelpunkt aus und ohne äußere Einflüsse vollzieht.

Daneben sprechen die römischen Juristen allerdings auch von mores und der consuetudo. Diese sind aber als solche kein Gewohnheitsrecht, das für die Gerichte in Betracht käme. Alle in der römischen Gesellschaft entstandenen Normen werden erst dadurch zu einem für die Gerichte verbindlichen Gewohnheitsrecht, daß sie durch das Juristenrecht hindurchgehen, zum ius civile werden. Man sieht das am besten am Verbot der Schenkungen unter Ehegatten, das, in der Gesellschaft selbst entstanden, an nicht weniger als an zehn Stellen beharrlich als ius civile bezeichnet wird. Wie wenig durch mores oder consuetudo unmittelbar, ohne Dazwischenkunft der Jurisprudenz, Recht für die Gerichte entstehen kann, ergibt sich aus den Darstellungen von Pernice (Zeitschrift der Sav.-St. R.A. XX Bd. S. 127) und Brie (Die Lehre vom Gewohnheitsrecht), die gerade deswegen für mich so überzeugend sind, weil sie von einem dem meinigen entgegengesetzten Standpunkte ausgehen.

Von einem anderen Gewohnheitsrecht als dem ius civile, dem Juristenrecht, war in Rom bis zum Schlusse der klassischen Zeit nicht die Rede. Unter den aus der klassischen Zeit stammenden

Stellen des Digestentitels: De legibus senatusque consultis et longa consuetudine, und des Kodextitels: Quae sit longa consuetudo, handelte von Anfang an nur eine einzige von einem römischen Gewohnheitsrecht: das fr. 1, 3, 36. Hier ist vom gewohnheitsrechtlichen Verbot der Schenkungen zwischen Ehegatten die Rede. Aber auch diese Stelle enthält nichts als ein akademisches Lob dieser Vorschrift. Der ganze sonstige Inhalt des erwähnten Digesten- oder Kodextitels, soweit er aus der klassischen Zeit stammt, hatte ursprünglich mit den Fragen des Gewohnheitsrechts nichts zu tun. In der berühmten Julianstelle (fr. 2 d. T.) wurde im ursprünglichen Zusammenhange die lex Papia Poppaea behandelt, wahrscheinlich die darin enthaltenen Bestimmungen über lästige Gemeindeämter und Gemeindefronden. In dieser Beziehung wurde nicht etwa auf Gewohnheitsrecht, sondern offenbar nur auf die in den Munizipien herrschende Übung verwiesen. Daß die beiden Ulpianstellen fr. 33 und 34 d. T. ebenso wie die Konstitution des Kaisers Alexander (C. l. 8, 52) nicht römisches Gewohnheitsrecht, sondern provinzialen Brauch zum Gegenstande hatten, ergibt sich schon daraus, daß sie aus dessen Schrift De officio proconsulis herrühren. Die den Quästionen des Paulus und den Quästionen des Callistratus entnommenen Stellen (fr. 36, 27 d. T.) beziehen sich ausschließlich auf die herkömmliche Gesetzesauslegung. Die Paulusstelle fr. 37 d. T. ist den Erörterungen Ad legem municipalem entnommen; daß sie nur vom munizipalen Herkommen handelt, beweist schon ihr Wortlaut: quo iure civitas retro in eius modi casibus usa fuisset. Mit einem Worte: die klassischen römischen Juristen meinen römisches Gewohnheitsrecht, wenn sie vom ius civile sprechen, nicht aber, wenn sie ganz allgemein von mores oder consuetudo sprechen.

Der vorstehende Absatz ist bis auf die Eingangszeile wörtlich meiner Rektoratsrede: Die Tatsache des Gewohnheitsrechts, entnommen. Als ich sie drucken ließ, war es mir nicht bekannt, daß genau dasselbe, wohl auch besser, jedenfalls aber vollständiger, bereits Puchta in seiner Schrift über das Gewohnheitsrecht gesagt hatte. Ich habe zwar diese Schrift mehrmals durchstudiert, aber die Ausführungen über das römische Gewohnheitsrecht immer überschlagen, da wir es bekanntlich seither so herrlich weit gebracht haben. Dann entschloß ich mich doch einmal, sie zu lesen und bin jetzt nicht mehr ganz sicher, daß wir es wirklich so weit über Puchta hinaus gebracht haben. Ich glaube, wir könnten hier und da von ihm doch noch was lernen. Puchtas Ansicht wird von Savigny gebilligt.

Erst der nachklassische Jurist Hermogenianus und die späteren kaiserlichen Konstitutionen behandeln die consuetudo als Rechtsquelle. Man war da in einer ganz anderen Lage als die Klassiker. Seit der constitutio Antonina galt das römische Recht für Völker der ver-

schiedensten Art, Gesittung und Abkunft, deren Angehörige zwar römische Bürger geworden sind, aber römisches Recht und römischen Brauch nicht einmal äußerlich angenommen haben. Sie lebten nach wie vor nach ihrem bisherigen Recht und Herkommen. Es ging nicht an, sich darüber einfach hinwegzusetzen. So sehr die Kaiser geneigt waren, ihre consuetudines einfach abzuschaffen, bis zu einem gewissen Grade mußten sie doch damit rechnen. So erklärt eine nachklassische Digestenstelle, Hermogenian entnommen, ausdrücklich, quae longa consuetudine comprobata sunt für verbindlich. Drei kaiserliche Konstitutionen, die sich damit befassen, stehen im Codex. Justinian, der in seinem Rechtsbuch an der Geltung des Partikularrechts nicht stillschweigend vorbeigehen durfte, legte sich dafür die oben besprochenen, aus dem Zusammenhange gerissenen und dem Sinne nach zumeist entstellten Aussprüche klassischer Juristen zurecht und fügte hinzu, was er darüber in der nachklassischen Literatur gefunden hat. Die consuetudo der Justinianischen Rechtsbücher ist daher in der Hauptsache provinziales Partikularrecht, für die einstigen Provinzialen, jetzt römische Bürger, zumeist gewohnheitsrechtlich in Geltung.

Die Glossatoren, Postglossatoren, Kanonisten und gemeinrechtlichen Praktiker hatten eine ähnliche Aufgabe zu lösen wie die nachklassischen römischen Juristen und Gesetzgeber. Auch sie sollten römisches Recht auf Völker verschiedener Art, Abkunft und Gesittung anwenden, denen römischer Brauch und römisches Recht meistens ganz fremd waren, die ihr eigenes Recht und eigenes Herkommen besaßen. Auf diesen Fall waren die justinianischen Quellenstellen geradezu gemünzt und konnten daher unmittelbar angewendet werden. Es handelte sich aber nur um die Frage, wie weit man gewohnheitsrechtliches Partikularrecht gelten lassen müsse, und wie es vom gemeinen Recht abzugrenzen sei. Daß dafür ein dem gemeinen Rechte entnommener Maßstab sehr willkommen sein mußte, ist klar, ebenso sehr aber, daß die auf das gemeine Recht geeichten Juristen dabei lieber etwas engherziger vorgingen. Jedenfalls waren diese Quellenstellen denen, die sich seit dem Beginne der romanistischen Jurisprudenz bis zur Wirksamkeit der historischen Schule darauf beriefen, alles andere eher als eine Theorie der Rechtsquellen: für sie waren es gesetzliche Bestimmungen über die Geltung des Partikularrechts und lokaler Gewohnheiten. Hier brachte erst die historische Juristenschule Wandel, indem sie eine Lehre schuf von einer solchen Großartigkeit der Anlage, daß sie, auch heute noch nicht überholt, unbedingt unsere Bewunderung erwecken muß.

An dieser Stelle kann es sich nur um Savigny und Puchta handeln. Zwischen den grundsätzlichen Lehren dieser beiden Bahnbrecher der historischen Rechtsauffassung ganz besonders auf dem Gebiete des

Gewohnheitsrechts und ihren Nachfolgern gähnt ein Abgrund, und es wäre vergebliches Bemühen, ihn zu überbrücken. Savigny und Puchta können aber ganz wohl als Einheit behandelt werden. Wenn auch hier und da einer von dem anderen im einzelnen abweicht, so scheint es doch nicht, daß die Verfasser damit eine Meinungsverschiedenheit zum Ausdrucke bringen wollten; es ist das nicht viel mehr, als wenn derselbe Schriftsteller in seinen späteren Arbeiten sich anders ausdrückt als in den früheren. Allerdings haben die Ansichten beider zweifellos gewechselt: Savigny ist ein anderer im Beruf und im System, Puchta nicht derselbe im Gewohnheitsrecht und in den Institutionen; auch in den Anzeigen und Kritiken, die beide geschrieben haben, merkt man zuweilen eine geänderte Auffassung. Aber auf die Entwicklung der Lehre kann es hier nicht ankommen; sie ist übrigens von Landsberg vortrefflich geschildert worden. Als abschließend muß für Puchta der zweite Band seines Werkes über das Gewohnheitsrecht und die Kritik von Georg Beselers Volksrecht und Juristenrecht gelten, für Savigny das System. Selbstverständlich dürfen auch die anderen Arbeiten Savignys und Puchtas, zumal die kritischen, nicht unberücksichtigt bleiben, wo sie diese Ausführungen ergänzen und erläutern.

Bei der Würdigung ihrer Lehren muß man sich erinnern, daß Savigny und Puchta es waren, die zuerst die Vorstellung der Entwicklung in die Theorie der Rechtsquellen eingefügt und den Zusammenhang der Rechtsentwicklung mit der ganzen Geschichte des Volkes klar erkannt haben. „Dieser organische Zusammenhang des Rechts mit dem Wesen und Charakter des Volks bewährt sich auch im Fortgang der Zeiten, und auch hierin ist er der Sprache zu vergleichen. So wie für diese gibt es auch für das Recht keinen Augenblick eines absoluten Stillstandes, es ist auch derselben Bewegung und Entwicklung unterworfen wie jede andere Richtung des Volkes, und auch diese Entwicklung steht unter demselben Gesetz innerer Notwendigkeit wie jene frühere Erscheinung. Das Recht wächst also mit dem Volke fort, bildet sich aus mit diesem und stirbt endlich ab, sowie das Volk seine Eigentümlichkeit verliert.“ (Beruf.) Durch diese Auffassung ist ein ganz neuer Begriff der Rechtsquellen gegeben: sie dienen nicht mehr dazu, willkürlich und zufällig festzustellen, was Rechtens sein soll, sie sind Ausdruck eines Werdens und Geschehens, das sich im Volksbewußtsein mit innerer Notwendigkeit vollzieht.

Jetzt erst erscheint die tiefere Wurzel der ganzen Lehre bloßgelegt. Für Savigny und Puchta kommt es hauptsächlich darauf an, nachdrücklichst festzustellen, daß sich die Entwicklung des Rechts unmittelbar im Rechtsbewußtsein vollziehe; die Übung ist ihnen bloß

der Trieb, der an die Oberfläche dringt. „Die Gewohnheit macht das Recht nicht, sie läßt es nur erkennen“ bemerkt Puchta gegen Beseler. Aber das ist keineswegs eine Eigentümlichkeit des Gewohnheitsrechts, es muß auch von jeder anderen Rechtsquelle notwendigerweise gelten, sie kann, wenn sie wirklich Recht erzeugen soll, nur ein Ausdruck der allgemeinen Rechtsüberzeugung des Volkes sein. Daher ist das Gesetz ebenso zu betrachten wie die Übung. „Die gemeinsame Kraft ist der Geist des Volkes, woraus auch die Gesetzgebung den Inhalt ihrer Aussprüche schöpft.“ Es ist bekannt, wie sehr das mit den Lehren Savignys seit Beginn seiner Laufbahn übereinstimmt. Schon im Beruf bezeichnet er als die einzige Aufgabe eines Gesetzbuchs „die Aufzeichnung des gesamten bestehenden Rechts.“ Im System sagt er dasselbe nicht bloß, wie gewöhnlich angenommen wird, von den Gesetzbüchern, sondern von allen Gesetzen: „das schon vorhandene Volksrecht ist deren Inhalt oder, was dasselbe sagt, das Gesetz ist das Organ des Volksrechts.“ Das Gesetz diene nur dazu, um das Volksrecht bestimmter zu machen oder etwa auch, bei fortschreitender Rechtsentwicklung, „um die Zwischenzeit von ungewissem Recht rascher abzuschließen“. Ebenso meint Puchta, die Tätigkeit der Gesetzgebung sei mehr eine formelle, indem der Gesetzgeber kein eigentümliches Rechtsbewußtsein hat, sondern seinen Stoff unmittelbar von dem Volksgeist und von den Juristen erhält. Er hat auch häufig nur einen rein formalen Einfluß auf das Recht, indem er das schon bestehende Recht ausspricht und ihm also nur die Form des Gesetzes gibt.

Die dritte Rechtsquelle ist die juristische Wissenschaft. Auf die Wissenschaft als Rechtsquelle hat Savigny schon im Beruf hingewiesen, Puchta hat ihr im ersten Bande des Gewohnheitsrechts einen kurzen Abschnitt gewidmet, daran aber im zweiten Bande wesentlich geändert. Savigny schließt sich im System, wie es scheint, Puchta an, doch ist es nicht ganz zweifellos, da die Lehre beider keineswegs ganz klar ist. Rechtserzeugend ist nach Puchta die juristische Wissenschaft nur dann, wenn sie nicht eine rein wissenschaftliche, sondern eine nationelle ist. „Außer der Praxis“, die sich auf einen wissenschaftlich deduzierten Rechtssatz gründet, gibt es eine Praxis, „die das nationelle Rechtsbewußtsein der Rechtskundigen ausdrückt und demnach Gewohnheitsrecht enthält“. Wie das zu verstehen ist, ergibt sich vielleicht am besten aus Puchtas Ausführungen in der Kritik der Beselerschen Schrift. „Wenn von einer gemeinsamen Überzeugung über das Recht der Wechsel die Rede ist, werden wir nicht erwarten, diese Überzeugung bei Bauern zu finden, wegen des Rechts der Grenzscheidung und der Weideservitut werden wir nicht bei einem Bankier nachfragen. Aber auch

unter denen, bei welchen wir eine aktuelle Überzeugung über den fraglichen Rechtssatz im allgemeinen voraussetzen, werden wir eine ausgezeichnete Stelle denen einräumen, deren Verhältnisse sie mehr als andere mit den Rechtsfragen überhaupt oder einer gewissen Art in Berührung bringen. Wir werden z. B. nicht in allen wechselfähigen Personen gleicher Geistesgaben die gleiche Stärke und den gleichen Umfang des Bewußtseins voraussetzen. Die am häufigsten und am mannigfachsten in diesen Dingen sich Bewegenden werden wir bei der Frage der gemeinsamen Volksüberzeugung als die natürlichen Repräsentanten der ganzen Klasse hervorheben. Denken wir uns Gerichte mit Personen besetzt, die dieses Amt nicht zu ihrem Berufe gemacht haben, so wird die Ansicht dieser, wenn sie öfter zu dieser Tätigkeit berufen waren, z. B. der Kaufleute, die als Beisitzer von Handelsgerichten fungiert haben, über eine Rechtsfrage dieser Art ceteris paribus eine vorzügliche Geltung bei uns haben, ohne daß wir auch noch auf etwas anderes als auf Konstatierung einer Volksüberzeugung ausgehen. Verwandeln wir nun in Gedanken diese Urteiler und Richter, von denen die Rede ist, in solche, die mit diesem Amte keinen anderen Beruf verbinden, setzen wir hinzu, daß sie eine juristische Vorbereitung für ihren Beruf erhalten haben, haben sie dadurch aufgehört, die Fähigkeit jener Repräsentation zu besitzen?“

In diesem Sinne sind also Gewohnheitsrecht, Gesetz und Juristenrecht Triebe aus demselben Setzling, der Volksüberzeugung. Puchta sagt darüber, die Sitte sei ebenso der ursprüngliche Körper des Gewohnheitsrecht, wie das System das eigentümliche Organ für das Juristenrecht und das Wort für das gesetzliche. Am anschaulichsten ist die gegenseitige Beziehung dieser drei Arten des Rechts aus einem Kollegienheft Savignys vom Jahre 1819 zu entnehmen, in das mir ein freundliches Geschick Einblick gewährte. Ich führe diese Stelle hier wörtlich an, da sie nicht bloß an sich von größtem Interesse ist, sondern auch zu beweisen scheint, daß Savigny der wahre Urheber der von Puchta formulierten Lehre vom Gewohnheitsrecht ist: „So kann das Recht zuerst auf wissenschaftlichem Wege, durch wissenschaftlich gebildete Juristen und dann durch die Gesetzgebung zur Sprache gebracht werden. Das wesentliche, unsichtbare, geistige Recht des Volkes so zu fixieren muß dann der alleinige Zweck der Gesetzgebung sein. Leider haben viele Gesetzgebungen in diesem Geiste nicht gehandelt, und so ist das Recht in seinem Wesen vielfach gekränkt worden. Verfolgen wir diese allein richtige Ansicht, die sich auch historisch bewährt, und fragen wir, wie kann das seinem inneren Wesen nach unsichtbarerweise entstandene, im Innern des Volkes gegründete Recht äußerlich zum Vorschein kommen? Wir antworten:

kann das Recht seine Sprache auf wissenschaftlichem Wege er-

halten (z. B. durch Bücher, durch Unterricht usw.), es kann aber auch durch Gesetzgebung geschehen. Im letzten Falle sind die geschriebenen Quellen nach unserer Ansicht nicht Entstehungsgründe, sondern nur die Anzeichen und Merkmale des Rechts, von dem wir rückwärts auf das bestehende Recht schließen. Alle Gesetze haben dann nur den Zweck, das gegenwärtige Recht uns zu erkennen zu geben und zu erhalten. Das bestätigt auch die Erfahrung, denn bei weitem die meisten vorhandenen Gesetze sind Ausdruck eines längst unter dem Volke vorhandenen Herkommens."

So suchen in der Tat Savigny und Puchta den Schwerpunkt der ganzen Rechtsbildung überhaupt, nicht bloß der des Gewohnheitsrechts, ganz in das Rechtsbewußtsein, „die natürliche Übereinstimmung der Überzeugung eines volksmäßigen Inbegriffs", zu verlegen und dessen äußeres Hervortreten in der Übung als unwesentlich für die Entstehung zu behandeln. Aber allgemein wird es verkannt, in welcher tiefen Gesamtauffassung des Rechts diese „spiritualistische" Ansicht bei ihnen begründet ist. Vielleicht am klarsten tritt diese in folgenden Worten von Puchtas Kritik der Beselerschen Schrift hervor: „Die Epoche der deutschen Jurisprudenz, die man nachher mit dem Namen der historischen Schule bezeichnet hat, fand eine Theorie des Rechts vor, in welcher der Staat von seiner natürlichen Grundlage, der Nation, emanzipiert und zu einem rein willkürlichen mechanischen Gebilde gemacht worden war. Das Recht wurde allein auf die gesetzgebende Gewalt zurückgeführt, was sich außerdem noch als rechtserzeugende Kraft aufdrang, — und man hätte die Augen gewaltsam schließen müssen, um nicht zu sehen, daß es allerorten Rechtssätze gibt, die, ohne promulgiert zu sein, gelten, — das wußte man mit der Gesetzgebung in Verbindung zu bringen, als ein unmittelbares Produkt derselben aufzufassen und so die Alleinherrschaft des gesetzlichen Rechts, allenfalls mit Hilfe der Einteilung in geschriebene und ungeschriebene Gesetze, aufrechtzuerhalten. Einen anderen Weg schlug die historische Schule ein. Sie ging auf den Begriff des Nationellen zurück und erkannte in diesem den natürlichen Grund des Rechts und des Staates."

Die Wichtigkeit dieser Ausführungen kann schon mit Rücksicht auf den Entwicklungsgedanken, der ihnen immer zugrunde liegt, schwerlich überschätzt werden. Der Entwicklungsgedanke ist nicht eine beliebige wissenschaftliche Wahrheit, er ist die Grundlage des ganzen modernen Denkens, geradezu eine Weltanschauung. Und zu einer Zeit, wo er in den Naturwissenschaften kaum einigen der auserlesensten Geister aufleuchtete, haben ihn bereits Savigny und Puchta in die Rechtswissenschaft, also in die Gesellschaftswissenschaften, siegreich eingeführt. Das gelang ihnen, indem sie der Quellenlehre einen ganz neuen Inhalt gaben. Für ihre Vorgänger war diese Lehre ohne großes

Interesse. Sie zweifelten nicht daran, daß ausschließlich der Gesetzgeber darüber entscheidet, was als Recht zu achten sei, und sie trugen hier die wenigen vom römischen Gesetzgeber aufgestellten Regeln vor, unter welchen Bedingungen das Gewohnheitsrecht zugelassen werde. Savigny und Puchta verkünden hier ihre Gedanken über die Entstehung des Rechts. Zum ersten Male wird hier ausgesprochen, daß das Volk ein organisches Ganzes ist, daß sich in fortwährender Entwicklung befindet und daß alle Rechtswandlungen nur ein Ergebnis dieser Entwicklung des ganzen Volkes sind.

Es handelt sich daher der historischen Schule nicht mehr, wie allen ihren Vorgängern, darum, dem Richter Regeln über die Anwendung des Gewohnheitsrechts zu geben, sondern die rechtserzeugenden Kräfte in der Gesellschaft aufzudecken. Nicht wie das Recht angewendet werden solle, sondern wie es entsteht, wollten die Rechtshistoriker vor allem lehren; nicht praktische Anweisungen wollten sie geben, sondern eine Theorie der Rechtsquellen, die das Wesen des Gewohnheitsrechts aufdeckt, es erklärt und rechtfertigt. Eine solche Erklärung und Rechtfertigung finden sie in dem Begriff des Nationellen, und so sagt Puchta ausdrücklich: „Wenn das Gewohnheitsrecht in diesem engen und notwendigen Zusammenhang mit dem natürlichen Begriffe des Volks steht und das Resultat der unmittelbaren Tätigkeit desselben in Beziehung auf das Recht ist, so kann in der Tat gar nicht die Frage entstehen, ob und aus welchem Grunde das Gewohnheitsrecht gültig sei? denn es läßt sich keine andere Antwort geben als die: das Gewohnheitsrecht besteht und gilt aus demselben Grunde, aus dem es eine Volksüberzeugung gibt, aus dem Grunde endlich, aus welchem überhaupt Völker existieren.“

Da das Gewohnheitsrecht also ausschließlich im „Nationellen“ gegründet ist, so gibt es keine anderen Erfordernisse seiner Entstehung als die gemeinsame Volksüberzeugung. Nicht einmal die Sitte kann als solches gelten, da diese als Äußerung eines schon Entstandenen nicht erst Erfordernis für dessen Entstehung sein kann. Aber allerdings gibt es Erfordernisse der Anwendbarkeit des Gewohnheitsrechts durch den Richter. „Wenn man aber das Erfordernis in einem anderen Sinne nimmt, z. B. für die Anwendung durch den Richter, für seine Annahme eines Gewohnheitsrechts, so ist das, wovon man spricht, eben schon kein Erfordernis des Gewohnheitsrechts selbst mehr . . . Die Frage, um deren Beantwortung es hier zu tun ist, ist also die: worauf hat der Richter zu sehen, wenn sich vor ihm auf ein Gewohnheitsrecht berufen wird, oder wenn er sonst veranlaßt ist, diese Rechtsquelle zu befragen? Unter welchen Voraussetzungen kann er ein Gewohnheitsrecht als wirklich existierend annehmen?“ (Puchta.) Und an einer anderen Stelle: „Die Lehre von den Erforder-

nissen des Gewohnheitsrechts kann nach den Resultaten der über das Wesen des Gewohnheitsrechts angestellten Untersuchungen nur den Sinn haben, daß ermittelt werde, unter welchen Voraussetzungen die Übung eines Satzes für den Richter ein Erkenntnismittel jenes Rechtes sey; keineswegs darf hier an Erfordernisse zur Entstehung eines Gewohnheitsrechts gedacht werden."

So scharf scheidet also Puchta die Frage nach der Entstehung des Gewohnheitsrechts von der Frage seiner Anwendbarkeit vor Gericht, die selbstverständlich vor allem von der Erkennbarkeit des Gewohnheitsrechts abhängt. Daraus ergibt sich aber ebenfalls, daß es ein Gewohnheitsrecht geben kann, das zwar in der Überzeugung des Volkes als Recht besteht, aber wegen Mangels der „Erfordernisse" seiner Anwendbarkeit vor Gericht nicht angewendet wird. Diese Folgerung der Lehre ziehen Savigny und Puchta wenigstens für den Fall des Verbotes des Gewohnheitsrechts durch den Staat, wodurch nur die Anerkennung durch die Gerichte, nicht aber die Entstehung des Gewohnheitsrechts unterbunden werden könne.

Bei alledem ist aber ein grundsätzlicher Unterschied zwischen dem Gewohnheitsrecht und den anderen Rechtsquellen, dem Gesetz und Juristenrecht nicht genügend hervorgehoben. Im Gewohnheitsrecht setzt sich, wie Savigny und Puchta annehmen, das, was im Rechtsbewußtsein des Volkes entstanden ist, unmittelbar in Sitte um, das Volk ist sich nicht bloß seines Rechts bewußt, sondern es lebt sein Recht, es handelt und wandelt darnach, und gerade dieses dem Rechte Nachleben ist nicht bloß eine Erscheinungsform, sondern auch ein Erkenntnismittel des Gewohnheitsrechts. Das Gewohnheitsrecht ist also sowohl Regel des Handelns als auch Entscheidungsnorm, noch mehr, es ist immer zuerst Regel des Handelns und wird erst dadurch zur Entscheidungsnorm. Das gilt aber nicht von den anderen Quellen und vor allem nicht vom Gesetz. Sowohl Savigny als auch Puchta bezeichnen es wohl als höchst erstrebenswert, daß auch das Gesetz aus dem Rechtsbewußtsein des Volkes hervorgegangen sei, aber dabei geben sie doch auch zu, daß es nicht immer zutrifft. So Savigny in der soeben angeführten Stelle des Kollegienheftes, wo er hervorhebt, daß viele Gesetzgebungen nicht in diesem Geiste gehandelt und das Recht dadurch in seinem Wesen vielfach gekränkt haben; so schon im Beruf, wo er von den „neuen" Gesetzen spricht, die „leicht eine fruchtlose Korruption des Rechts sind", so schließlich auch Puchta, der doch zugeben muß, der Inhalt des Gesetzes brauche „nicht schon bestehendes Recht, Gewohnheitsrecht oder Praxis, gewesen zu sein, indem eine Volksansicht oder Ansicht der Juristen sanktioniert werden kann, welche sich noch nicht zu einer festen Überzeugung, zu einem Recht ausgebildet hat oder ohne Hilfe des

Gesetzgebers vielleicht nie ausgebildet hätte. Und somit ist die Gesetzgebung wenigstens potentia wirkliche Rechtsquelle."

Noch klarer ist das beim Juristenrecht. Savigny mag immerhin versichern, daß die rechtserzeugende Tätigkeit bei fortgeschrittener Rechtsentwicklung vom Juristenstande „als Repräsentanten des Ganzen" geübt wurde, und Puchta, daß auf natürlichem Wege die Juristen „das Organ werden, in welchem sich die gemeinen nationellen Rechtsansichten aussprechen und die gemeinsame Überzeugung des Juristenstandes dieselbe Stelle wie die Überzeugung der Glieder der Nation überhaupt einnimmt". Aber beim Gewohnheitsrechte ist die „gemeine Überzeugung der Glieder des Volkes" darin äußerlich hervorgetreten, daß diese als Glieder des Volkes nach ihrer Rechtsüberzeugung gehandelt haben, beim Juristenrecht ergibt sie sich nach Puchta nur daraus, „daß sie sich wirklich geltend gemacht habe, teils in der Überzeugung der Juristen, teils in der Anwendung vor Gericht". Das ist doch ein großer Unterschied. Die Juristen mögen welche Rechtsüberzeugung immer haben, wenigstens als Juristen betätigen sie sie doch nicht, sie wenden sie als Juristen nur an. Jedes Juristenrecht erscheint daher offenbar nur als Entscheidungsnorm, nicht als eine Regel des Handelns. Deswegen ist es sehr übel angebracht, wenn Puchta meint, auch sonst entstehe das Rechtsbewußtsein gewöhnlich nur bei einzelnen Gliedern des Volkes: die Bankiers üben tatsächlich das Wechselrecht, die Bauern das Recht der Grenzscheidungen und Wegeservituten, während die Juristen nur darnach entscheiden.

Es schwebt also Savigny und Puchta etwas ganz anderes als wirkende Kraft vor, wenn sie vom Gewohnheitsrecht sprechen, und etwas anderes, sobald sie vom Gesetz und vom Juristenrecht handeln. Das Gewohnheitsrecht entsteht unmittelbar im Rechtsbewußtsein des ganzen Volkes oder auch nur einzelner Stände als Regel des Handelns; das ganze Volk oder auch die einzelnen Stände benehmen sich danach, und so wird das Gewohnheitsrecht zur Sitte; in der Sitte ist es für den Juristen, insbesondere den Richter, erkennbar geworden, und jetzt entnimmt ihr der Jurist, insbesondere der Richter, die Entscheidungsnorm. Auch das Gesetz ist oft in dieser Weise entstanden, und es ist die einzige Art der Gesetzgebung, die die Begründer der historischen Schule unbedingt billigen: die Rechtsaufzeichnung. Aber sie verschließen sich nicht der Erkenntnis, daß das Gesetz auch anders zustande kommen kann. Das hat Puchta wieder erst in der Kritik des Beselerschen Buches mit dürren Worten gesagt: „Das Gesetz gilt darum, weil es vom Gesetzgeber promulgiert ist; es wird erwartet, daß es dem wirklichen nationellen Willen entspricht, aber seine Gültigkeit hängt nicht von einer Untersuchung dieser Voraussetzung ab, so ist die Gesetzgebung eine formell selbständige Rechtsquelle."

Das kann nach dem Gesagten doch nur bedeuten: Der Inhalt des Gesetzes entspricht dann dem Volksbewußtsein, wenn er den im Volke herrschenden Regeln des Handelns entnommen ist; sonst ist es dem Volksbewußtsein fremd, und erfüllt auch nicht das, was Puchta davon erwartet: es ist zwar für die Gerichte verbindlich, aber offenbar bloß als Entscheidungsnorm. Sonderbarerweise verkennen aber Savigny und Puchta, daß dasselbe vom Juristenrecht, und von diesem in viel höherem Maße als vom Gesetzesrecht, gelten muß. Denn das Juristenrecht ist nie den Regeln des Handelns des Volkes entnommen, es wäre dann eben nicht Juristenrecht, sondern Gewohnheitsrecht; es ist nicht den Regeln des Handelns der Juristen entnommen, denn diese betätigen sich als solche in Handel und Wandel überhaupt nicht. Es ist daher, wie Puchta ganz richtig erkannt hat, im Vorhinein nur „Überzeugung der Juristen", also als Regel des Handelns vollständig unwirksam, oder es erscheint „in der Anwendung vor Gericht", ist also bloße Entscheidungsnorm.

Die Theorie der Rechtsquellen der Begründer der historischen Schule ist daher nur aus dem von ihnen stark empfundenen, aber nicht klar begriffenen Unterschiede von Regel des Handelns und Entscheidungsnorm im Rechte zu erklären. Darauf beruht ihre bekannte Lehre vom Gegensatz zwischen dem Gewohnheitsrecht in den Anfängen der Rechtsentwicklung und dem Juristenrecht der späteren Zeit. Wenn sie für die ältere Zeit annehmen, daß das Recht unmittelbar im Volksbewußtsein entsteht, so meinen sie damit, das ganze Recht besteht noch ausschließlich in Regeln des Handelns des ganzen Volks, die daher auch die einzige Grundlage für die Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten abgeben. Und wenn sie behaupten, in der Folge ziehe sich die rechtserzeugende Tätigkeit des Volkes größtenteils in den Juristenstand zurück, so wollen sie damit nur sagen, das Recht entstehe dann „größtenteils" nicht mehr als Regel des Handelns im Volke, sondern als Entscheidungsnorm bei den Juristen. Das scheint bei Savigny durch, wenn er bemerkt, die Veranlassung zur juristischen Arbeit mag im übrigen „die Mitteilung des gewonnenen Resultats durch Lehre oder Schrift oder aber das Bedürfnis der Entscheidung eines Rechtsstreits" sein, und ebenso bei Puchta, wenn er ausführt: „So tritt neben das Gewohnheitsrecht, das auf der gemeinsamen Überzeugung der Volksglieder beruht, ein anderes, dem die Übung der Rechtskundigen, der Juristen, als Vertreter des Volkes zugrunde liegt." Die Übung der Juristen kann hier doch nur, wie bei Savigny, bedeuten entweder die Lehre, wie Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden wären, oder die Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten selbst.

Um den Lehren Savignys und Puchtas einigermaßen gerecht werden zu können, muß jedoch zunächst die Frage gelöst werden:

Welche konkreten Fälle des Gewohnheitsrechts schwebten ihnen vor, als sie ihre Lehre entwarfen? Denn ein Blick auf ihr Werk genügt, um die Überzeugung zu begründen, daß es sich nicht um ein abstraktes Philosophieren, auch nicht um eine bloße Ableitung aus vorgefaßten Meinungen, willkürlich aufgebauten Theorien handelt, sondern um eine sorgfältige, auf eigener Anschauung beruhende Induktion. Trotzdem ist diese Frage gar nicht leicht zu beantworten. So zweifellos es ist, daß die Klassiker der Rechtswissenschaft stets konkrete Fälle des Gewohnheitsrechts vor Augen hatten, so ist das, was sie sagen, doch so abstrakt, so allgemein gehalten, daß daraus nur wenig zu entnehmen ist. Sie bemühen sich, es so zu fassen, daß es auf jedes Gewohnheitsrechts immer anwendbar bleibe, es fehlen Unterscheidungen, ein Eingehen auf Einzelheiten, eine Untersuchung bestimmter Fälle. Immerhin, ganz können sie sich doch der Aufgabe nicht entziehen, die tatsächlichen Voraussetzungen ihrer Lehren wenigstens anzudeuten und sie durch einige Beispiele zu erläutern. Und so ist es doch hier und da möglich, sie auf ihre tatsächlichen Grundlagen hin zu prüfen.

Aus den von Savigny und Puchta angeführten Beispielen ist wenigstens zu entnehmen, daß sie sich das Gewohnheitsrecht regelmäßig nicht als bloße Entscheidungsnorm, sondern als Regel des Handelns vorgestellt haben. Puchta erwähnt als modernes Gewohnheitsrecht, das von der Wissenschaft ausgeht, die Lehre, daß dem Ahnen eines Wahnsinnigen das Recht der Substitution im Umfange der pupillarischen zukäme, daß an Stelle der römischen Signatio des Testaments das den Römern unbekannte Beglaubigungssiegel getreten ist, endlich den Satz: dies interpellat pro homine. Ferner führt er das Wechselrecht der Bankiers, das Recht der Grenzscheidungen und der Weideservituten bei den Bauern als Beispiele an. An mehreren Stellen gibt er erfundene Beispiele eines Gewohnheitsrechts: „Wenn jemand sein Siegel zu seiner Unterschrift setzt“, „daß bei der Hausmiete ein gewisser Termin zur Aufkündigung ein naturale negotii ist“. „Es handelt sich z. B. darum, ob in einer Stadt das Gewohnheitsrecht bestehe, nach welchem der Mieter einer neu hergerichteten Wohnung dieselbe nicht, wie sie durch ordnungsmäßigen Gebrauch geworden ist, sondern wie er sie übernommen hat, zu restituieren habe, oder nach welchem die Befugnis des Vermieters, die Miete wegen eigenen Bedürfnisses einseitig aufzuheben, durch Anerkennung gewisser Gründe, z. B. der Verheiratung des Sohnes, näher bestimmt und vielleicht über den Sinn des gemeinen Rechts erweitert wird.“

Aber im allgemeinen kann doch wohl kein Zweifel bestehen, daß sie zu ihrer Theorie der Rechtsquellen nicht durch Beobachtung derartiger immerhin höchst untergeordneter Vorgänge gelangt sind,

sondern durch geschichtliche Betrachtung. Für das ursprüngliche Recht war ihnen maßgebend das Recht der römischen Königszeit und der früheren republikanischen Zeit, so wie sie es sich vorstellten. Puchta gibt davon eine sehr anschauliche Schilderung in den Institutionen, und, wesentlich übereinstimmend, auch in seiner Schrift über das Gewohnheitsrecht. Daneben haben sie nachweisbar auch an das deutsche Recht des Mittelalters gedacht. Sowohl bei den Römern als auch bei den alten Deutschen besteht das Recht im wesentlichen noch in den herrschenden Regeln des Handelns; das Volk nimmt teil an der Rechtsprechung, sein Rechtsbewußtsein ist daher auch maßgebend für die Entscheidung des Rechtsstreits. Auch die Juristen haben noch kein eigenes Rechtsbewußtsein, sie entnehmen die Rechtsregeln dem Rechtsbewußtsein ihrer Mitbürger. Puchta weist ausdrücklich auf Eyke von Repgow hin. Für die spätere Zeit gehen die Begründer der historischen Schule dagegen von den Rechtszuständen der römischen Kaiserzeit aus, da die römischen Juristen das römische Recht unmittelbar schaffen und ihr eigenes Rechtsbewußtsein dafür die Grundlage bildet. Das ist die empirische Grundlage ihrer Lehre vom Juristenrecht. Aber das Recht, das so entsteht, ist nicht mehr Regel des Handelns, sondern im wesentlichen bloße Entscheidungsnorm.

Vor allem haben sie sich aber mit dem „größten und merkwürdigsten Akt eines allgemeinen Gewohnheitsrechts“ abzufinden, mit der Aufnahme des römischen Rechts im Mittelalter. Ihre ganze Theorie ist vorzüglich darauf zugeschnitten, dieses zu rechtfertigen. Wie soll man mit ihrer Lehre, daß das Recht im Rechtsbewußtsein des Volkes entsteht, die Tatsache in Einklang bringen, daß im deutschen Mittelalter ein dem Rechtsbewußtsein des Volkes ganz fremdes Recht in Geltung getreten ist? Dazu dient ihnen eben die Ansicht, daß das Volk bei höherer Entwicklung nicht mehr an der Rechtserzeugung teilnimmt, daß es von den Juristen dabei „vertreten“ wird. Die Aufnahme des römischen Rechts im Mittelalter geschah zwar nur durch die Juristen, aber diese handelten dabei als Vertreter des ganzen Volkes.

Das ist im wesentlichen, nach Möglichkeit mit den Worten der Urheber wiedergegeben, die Savigny-Puchtasche Rechtsquellenlehre. Die Aussprüche von Savigny und Puchta wurden ziemlich unterschiedslos verwertet, denn es unterliegt wohl keinem Zweifel, daß hier, trotz einiger kleiner Unterschiede im einzelnen, ein Gesamtwerk, das Ergebnis gemeinsamer Arbeit vorliegt. Und dieses Gesamtwerk ist eine Leistung höchster Ordnung, das von den wenigsten der Zeitgenossen auch nur verstanden und in unserer Zeit nicht überholt ist. Dabei ist das alles im ganzen durchaus selbständig,

wenn auch ein gewisser Einfluß der Philosophie Schellings oder Burkes (Reflexions on the Revolution in France) immerhin in einigen Richtungen nachweisbar sein mag.

Auf ihren wichtigsten Fehler wurde bereits mehrmals in dieser Schrift hingewiesen. Er liegt darin, daß für sie das ganze Recht offenbar nur in Rechtssätzen besteht. Rechtssätze gehen aber auf keiner Entwicklungsstufe unmittelbar aus dem Volksbewußtsein fertig hervor, sie sind immer ein Werk der Juristen. Im „Volke“ entstehen einzelne Rechtsverhältnisse: Körperschaften und andere Gemeinschaften, Familienbeziehungen, Eigentum und andere Vermögensrechte, Verträge, Erbenrechte. Das mag das „wesentliche, unsichtbare, geistige Recht des Volkes“ sein, von dem Savigny spricht. Erst auf Grund dieser Verhältnisse entstehen Rechtssätze durch die Jurisprudenz und die Gesetzgebung. Um zur Klarheit zu gelangen, muß daher jede Theorie der Rechtsquellen die Frage der Entstehung der Rechtseinrichtungen sorgfältig von der Frage trennen, wie sich Rechtssätze bilden.

Aus diesem ersten Fehler fließt auch schon der andere, daß die Rechtshistoriker zwischen der anfänglichen und der späteren Rechtsentwicklung grundsätzlich unterscheiden. Auf tieferer Stufe war ihnen die Rechtsentwicklung unmittelbar im Volksbewußtsein immerhin verständlich, denn da nahmen sie an, es sei das ganze Volk zur Rechtsprechung berufen, und die Rechtssätze, die es dabei verwende, ergäben sich geradezu aus dem Rechtsbewußtsein des ganzen Volkes. Aber es war eine falsche Geschichte, auf der eine falsche Lehre aufgebaut war. Selbst wo das „ganze Volk“ in Versammlungen richtet, sind es im Grunde genommen doch immer nur Teile des Volkes, die in den Versammlungen berechtigt sind, auch die Rechtssätze werden immer von einzelnen gefaßt und vorgeschlagen: von den „Rechtsverständigen, die ein Volk schon vor aller Wissenschaft besitzt“ (Puchta). Das, was im Volke lebt, sind nicht diese Rechtssätze, sondern die Rechtseinrichtungen und die Normen des Körperschaftsrechts und sonstigen Gemeinschaftsrechts, Eigentums-, Vertragsrechts, auf denen die Einrichtungen beruhen und aus denen die Rechtssätze gezogen werden. Andererseits entwickeln sich auf höherer Stufe, wo bereits der Juristenstand auf der Bildfläche erscheint, die Rechtseinrichtungen und die dazu gehörenden Normen noch immer im Volke selbst, um bei Puchtas Beispielen zu bleiben, der Wechsel unter den Bankiers, die Grenzscheidung und die Weideservitut unter den Bauern: nur die Rechtssätze werden von den Juristen in Lehre und Schrift und in Gesetzen formuliert. Hätten also Savigny und Puchta Rechtseinrichtungen und Rechtssätze von einander geschieden, so hätten sie sofort eingesehen, daß auf höherer und niederer Stufe sich beide auf dieselbe Weise bilden.

Im unmittelbaren Zusammenhange damit steht ein dritter, grundsätzlicher Mangel der Lehren der Rechtshistoriker, um so merkwürdiger, als er sie verhinderte, die Folgerung zu ziehen aus ihrer größten bahnbrechenden Tat, deren wirkliche Bedeutung wohl erst ein späteres Geschlecht ermessen konnte: der Einführung des Entwicklungsgedankens in die Rechtsgeschichte. Es ist geradezu pikant, an Savigny und Puchta mit der Frage heranzutreten, wie sie sich das vorstellen, daß wenigstens auf höherer Stufe der Gesittung das Rechtsbewußtsein des Volkes zum Rechtssatz führt, und so sich den Weg in das von den Gerichten anerkannte und angewandte Recht Bahn bricht, das doch auch nach ihrer Auffassung das geltende Recht ist. Der unmittelbare Einfluß des Volksbewußtseins ist da, wie sie immer betonen, „unbeträchtlich". Aber auch der Gesetzgebung kommt, wie sie übereinstimmend lehren, keine große Bedeutung zu. Nur „wenn die Rechtsentwicklung den veränderten Sitten oder Ansichten Rechnung tragen soll, wenn ganz neue Rechtsinstitute notwendig werden", könne ein gesetzgeberischer Eingriff heilsam, ja unentbehrlich werden, um die Zwischenzeit von ungewissem Recht vorher abzuschließen, um die ausgleichende Rückwirkung des neuen Rechts auf andere zusammenhängende Rechtssätze vorzunehmen. Endlich muß wohl die Gesetzgebung eingreifen, wenn „Entwicklungsstufen und Zustände" eintreten, wie die unter Konstantin in Rom, die der Rechtserzeugung durch gemeinsames Volksbewußtsein nicht mehr günstig sind. (Savigny.) Das ist aber auch alles, was durch die Gesetzgebung in nützlicher Weise bewirkt werden kann.

Die Gesetzgebung ist also ebenso unbeträchtlich wie die Gesamttätigkeit des Volkes. Es bleibt also nur noch das Juristenrecht. In welcher Weise bringen aber die Juristen das Recht mit den Fortschritten ihres eigenen Rechtsbewußtseins in Einklang? Hier ist es wichtig, Savigny und Puchta selbst reden zu lassen. Im ersten Bande seines Werkes über das Gewohnheitsrecht lehrt Puchta: Wissenschaftliches Recht sei nicht Gewohnheitsrecht; die wissenschaftliche Tätigkeit sei nicht eine nationelle, wissenschaftliche Überzeugungen seien nicht solche, die der Mensch als Glied seines Volkes, sondern solche, die er als einzelner hat, also sei hier nicht der Volksgeist das unmittelbar Produktive. Aber die Rechtswissenschaft habe einen nationellen Gegenstand, sie werde also nur dann Wissenschaft sein, wenn sie denselben als nationellen, d. h. in seiner Wahrheit behandelt. Die Juristen müßten daher als Repräsentanten des Volkes verfahren, wenn sie jenen Einfluß auf das Recht üben wollten. Auch von diesem Recht sei das Volk also die ursprüngliche Quelle, wenn es auch vom Volke nicht unmittelbar, wie das Gewohnheitsrecht, sondern mittelbar durch diese Repräsentanten hervorgebracht werde. Eine juristische

Ansicht sei dann Recht, wenn sie wissenschaftlich begründet, also wenn sie wahr sei. Um dieses zu sein, müsse sie innerlich begründet, und sie müsse dem Volksgeist angemessen sein. Daß sie dem Volksgeist entspricht, das werde sich in der Regel daraus ergeben, daß sie sich wirklich geltend gemacht habe, teils in der Überzeugung der Juristen, teils in der Anwendung vor Gericht. Diesen Sinn habe die Autorität der Juristen und der res iudicatae, die also nicht Rechtsquellen, sondern bloß Erkenntnisquellen (freilich nicht schlechthin unfehlbare) eines schon entstandenen Rechts seien.

Im zweiten Bande der Schrift über Gewohnheitsrecht erklärt dagegen Puchta, das Juristenrecht könne unter Umständen auch Gewohnheitsrecht sein. Mit der fortschreitenden Rechtsentwicklung steige so sehr die Masse des Rechtsstoffs und verfeinere sich so sehr die Wissenschaft vom Rechte, daß eine umfassende Kenntnis und wissenschaftliche Beherrschung des Rechts nur noch bei den Juristen zu finden sei. Dadurch trete die Überzeugung der Juristen an Stelle der Uberzeugung der Glieder des ganzen Volkes. „Dabei ist jedoch wohl zu erwägen, daß diese Eigenschaft natürlicher Repräsentation den Juristen nicht vermöge ihrer wissenschaftlichen Tätigkeit, die als solche keine nationelle ist, zukommt, sondern vermöge der vorzüglichen Rechtskunde, die ihnen mit den Rechtsverständigen, die ein Volk schon vor aller Wissenschaft besitzt, gemein ist." So tritt neben das Gewohnheitsrecht, das auf der gemeinsamen Überzeugung der Volksglieder beruht, ein anderes, dem die Übung der Rechtskundigen, der Juristen, als Vertreter des Volks zugrunde liegt, vorausgesetzt daß es sich nicht um einen wissenschaftlich zu begründenden Satz handelt, welcher nur um seiner Wahrheit willen gilt, und außer der Praxis, die sich „auf einen wissenschaftlich deduzierten Rechtssatz gründet", gibt es eine Praxis, die „das nationelle Rechtsbewußtsein der Rechtskundigen ausdrückt und demnach Gewohnheitsrecht enthält."

Das von Puchta Gesagte führt Savigny im System näher aus, indem er von der allgemeinen Natur der Rechtsquellen spricht: Man müsse unterscheiden eine materielle Wirksamkeit des Juristenstandes, „indem sich die rechterzeugende Tätigkeit des Volkes größtenteils in ihn zurückzieht und von ihm als Repräsentanten des Ganzen fortwährend geübt wird", und eine formelle, rein wissenschaftliche. Dann später, im Abschnitt über die Quellen des römischen Rechts, bringt er die theoretische und praktische Arbeit der Juristen in Gegensatz. Theoretisch ist die rein wissenschaftliche Forschung: Feststellung und Erklärung des Textes der Quellen, Verarbeitung der Ergebnisse zu einem Rechtssystem und die innere Vollendung des Rechtssystems. Diese erzeuge kein neues Recht, bringe nur das vorhandene zu reiner

Erkenntnis. Praktische Arbeit ist jede Forschung, die das Verhältnis des Inhalts der Quellen „zu dem lebendigen Rechtszustand, in welchen sie eingreifen sollen, also den Zustand und das Bedürfnis der neueren Zeit ins Auge faßt“. Die Veranlassung dieser Arbeit mag im übrigen „die Mitteilung des gewonnenen Resultats durch Lehre und Schrift oder aber das Bedürfnis der Entscheidung eines Rechtsstreits“ sein. In beiden Fällen ist die Forschung Organ des Gewohnheitsrechts und zugleich ein Stück des wissenschaftlichen Rechts.

In der romanistischen Rechtswissenschaft praktischer Richtung will Savigny nun zwei ganz ungleichartige Bestandteile unterscheiden. „Ein Teil ist gesunder Natur und beruht auf neuen Bedürfnissen, wie sie aus der Verschiedenheit der Zustände, unter anderem aus dem sehr veränderten Gerichtswesen, zum Teil auch aus der durch das Christentum großenteils umgebildeten sittlichen Lebensansicht, natürlich hervorgegangen sind: diesem müssen wir nach den soeben entwickelten Ansichten die Kraft und Realität eines auf dem wissenschaftlichen Wege anerkannten Gewohnheitsrechtes zuschreiben. Dabei ist es auch gleichgültig, wenn vielleicht frühere Rechtslehrer den irrigen Versuch machten, solche Sätze aus dem römischen Recht abzuleiten. Jene Juristen meinten es damit ganz ehrlich, und wir müssen die Ergründung des wahren römischen Rechts in solchen Fällen als wesentliches Stück unserer Aufgabe ansehen; nicht um es aufrechtzuerhalten, sondern um den wahren Umfang der Neuerung festzustellen. — Ein anderer Teil dagegen ist lediglich aus der oben erwähnten charakterlosen Verworrenheit, also aus mangelhafter Wissenschaft hervorgegangen; diesen haben wir als Irrtum aufzudecken und zu verdrängen, ohne daß ihn ein langer, ungestörter Besitzstand zu schützen vermöchte; um so mehr, als sich ihm großenteils ein innerer Widerspruch, also ein logischer Grundfehler, wird nachweisen lassen.“ Als Beispiel dient das Summarissimum der neueren Praxis.

Zum Schlusse bemerkt Savigny noch: „Derjenige Bestandteil des praktischen Rechts, welchen ich als den gesunden bezeichnet habe, hat eine ganz andere Wichtigkeit, als welche oben der theoretischen Arbeit zugeschrieben worden ist. Er wirkt nicht bloß als eine Achtung gebietende Autorität, sondern er schließt in Wahrheit neu gebildetes Recht in sich. Dennoch können wir auch ihm kein abgeschlossenes unabänderliches Dasein zuerkennen. Zwar auf dem Wege einer bloß theoretischen Prüfung, indem einem solchen Satz des praktischen Rechts die Abweichung von dem quellenmäßigen Recht nachgewiesen würde, kann die Gültigkeit desselben nicht entkräftet werden, da es als wahres Gewohnheitsrecht ein selbständiges Dasein gewonnen hat. Das aber ist nicht zu bezweifeln, daß es auf demselben Wege, auf welchem es entstand, auch wiederum seine Gültigkeit verlieren kann.“

Dazu kommen noch etwa Puchtas Bemerkungen in der Kritik der Beselerschen Schrift: „Es findet sich, daß das Richteramt bei der größten Ausdehnung jener Rechte (auf Auslegung des bestehenden Rechts) einer Ergänzung bedarf, ohne die es in sehr vielen Fällen keine Norm der Entscheidung haben würde. In solchen Fällen nimmt er den anzuwendenden Rechtssatz aus den Prinzipien des bestehenden Rechts; vermöge der vernünftigen Natur des Rechts muß auch das als Recht gelten, was mit innerer Notwendigkeit aus dem gegebenen Rechte folgt."

Das alles ist kaum eine wissenschaftliche Ausführung mehr zu nennen, das ist verlegenes Stammeln. Es handelt sich darum, ob die wissenschaftlich arbeitenden Juristen berufen sind, neue Grundsätze im Recht einzuführen? Wenn sie es sind, dann soll es vor allem klipp und klar gesagt werden, und es müssen die Methoden angegeben werden, wie sie es tun können und sollen. Durch bloße Entwicklung der Prinzipien des bestehenden Rechts kann das nicht geschehen, denn diese sind bereits im bestehenden Recht enthalten. Puchta mag mit Recht gegen Beseler betonen, daß auch diese wissenschaftliche Tätigkeit eine produktive ist; ihre Produktivität besteht aber doch nur darin, daß sie den Inhalt des bestehenden Rechts aufdeckt, nicht aber darin, daß sie neues Recht schafft. Und wenn Savigny auf den „irrigen Versuch" früherer Rechtslehrer anspielt, solche Sätze aus dem römischen Recht abzuleiten, so ist dieser Weg wohl um so aussichtsloser, je besser man das römische und überhaupt das geltende Recht verstehen lernt. Jedenfalls wäre es die wichtigste Aufgabe dieser großen Verfechter der schöpferischen Kraft der Rechtswissenschaft gewesen, die juristischen Methoden der ursprünglichen Rechtsschöpfung sorgfältig auszubilden. Dafür findet sich aber in ihren Werken keine Spur: alles, was sie von der Wissenschaft zu sagen haben, bezieht sich nur auf die Mittel, wie man aus dem hergebrachten Rechte Entscheidungsnormen gewinnt, nicht darauf, wie man neues Recht findet oder erfindet. Und die juristische Methode, die sie tatsächlich am erfolgreichsten ausgeführt haben, die historische und systematische, steht zu dem, was sie lehrten, im schroffsten Widerspruche. Eine Jurisprudenz, die sich hauptsächlich damit befaßt, den Sinn der Rechtssätze festzustellen, den sie hatten, als sie entstanden, und daraus ein System bereitet, ist offenbar wenig geeignet, neues Recht zu schaffen, wo die Gegenwart dessen bedarf.

Die Lehre Savignys und Puchtas hat Beseler in seiner Schrift: Volksrecht und Juristenrecht (1843) nach zwei Richtungen angegriffen. Vor allem bestreitet er, daß die unmittelbare Teilnahme des Volkes auf höheren Entwicklungsstufen aufhöre. Er gibt zahlreiche Belege aus allen Rechtsgebieten — dem Genossenschaftsrecht und dem

Standesrecht widmet er je einen eigenen Abschnitt —, daß das Volksrecht noch zu seiner Zeit in breiten Volksmassen lebendig ist. Allerdings, die Juristen wissen wenig davon, und von den Gerichten wird es nicht beachtet: aber die historische Juristenschule lehre doch, die tatsächliche Übung gehöre nicht zum Begriffe des Gewohnheitsrechts, sie sei nur ein äußeres Kennzeichen; wesentlich sei dem Gewohnheitsrecht nur, daß es im Volksbewußtsein unmittelbar entstanden sei. Es komme daher auch hier gar nicht darauf an, ob dieses unmittelbar im Volksbewußtsein gegründete Recht den Juristen bekannt sei und von den Gerichten angewendet werde.

Beseler wendet sich dann dagegen, daß die Juristen ohne weiteres als Vertreter des Volkes bei der Rechtsbildung betrachtet werden. Er meint, es könne auch Recht entstehen, „bei dem es wenigstens zufällig ist, ob und inwieweit demselben der Charakter eines Volksrechts bewahrt bleibt“. So vor allem, wenn im Staate schlechte Gesetze erlassen werden, dann aber auch, „wenn der äußere Einfluß durch die Dauer der Einwirkung auf den Rechtszustand eine solche Macht erlangt, daß sich daraus am Ende wahre Rechtsnormen entwickeln, die jeder für verbindlich hält und halten muß“. Der letzte Grund der Geltung ist dann die Gewohnheit, „welche also nicht mehr, wie bei dem Volksrechte, ein bloßes Kennzeichen des Rechts ist, sondern dieses selbst produzieren hilft, und zwar oft im Gegensatz zum Geiste des Volkes und der Vernunft der Dinge“. Das Gewohnheitsrecht ist daher dem Volksbewußtsein an sich fremd: es steht dem unmittelbar im Volksbewußtsein entstandenen Volksrechte bald in feindseliger, bald in gleichgültiger Haltung gegenüber. Es ist somit nicht richtig, daß das Juristenrecht notwendig eine Fortsetzung des Volksrechts sei, es könne auch bloßes Gewohnheitsrecht sein.

Es ist wohl klar, daß Beseler hier die eigensten Gedanken Savignys und Puchtas zu Ende gedacht hat. Wenn diese sich dagegen sträubten, noch in ihrer Zeit die Rechtsfortbildung durch die Volksgesamtheit anzuerkennen und durchaus die Juristen als Vertreter des Volks angesehen wissen wollten, so handelte es sich ihnen nur darum, die durch die Juristen vollzogene, dem Volksbewußtsein stets fremd gebliebene Aufnahme des römischen Rechts zu rechtfertigen. Beseler, der als Germanist die Aufnahme nicht zu verteidigen hatte, machte eben von dieser Freiheit Gebrauch. Aber innerlich standen Savigny und Puchta Beseler sehr nahe, wohl viel näher als sie selbst glaubten.

Beseler befaßt sich in einem besonderen Abschnitt seiner Schrift mit der Frage, wie das Volksrecht festgestellt, erkannt werden müsse. Das Volk in seiner Gesamtheit, meint er, oder auch in engeren Kreisen, in deren Bewußtsein das Volksrecht lebt, habe davon eine unmittel-

bare Anschauung, „welche in den Umständen und Verhältnissen des bürgerlichen Lebens die darin enthaltenen bürgerlichen Momente erfaßt, und mit jenen zugleich die sie beherrschende Norm kennt und handhabt. Ebenso verhält es sich mit jedem Einzelnen, in dessen Bewußtsein sich vermöge seiner Stellung und seiner Lebens- und Geschäftserfahrung die gemeinsame Rechtskunde abspiegelt . . . Sollte aber jemand, der außerhalb des Volkslebens und der Volksanschauung stünde, geneigt sein, sich die Kenntnis des darin enthaltenen Rechts zu verschaffen, so würde er ganz nach Art des Naturforschers vorgehen müssen, indem er auf dem Wege der Beobachtung sich die Kenntnis im ursprünglichen Zustande aneignete". Für diesen Fall dienen als Erkenntnisquellen: Erkundigungen bei den Beteiligten, kaufmännische Pareres (ein Institut, das sich auch auf andere Verhältnisse anwenden ließe), literarische Hilfsmittel, autonomische Beziehungen, in denen sich früher so oft das Volksrecht aussprach; auch in Gesetzen findet sich zuweilen die im Volke herrschende Rechtsidee klar und rein ausgesprochen.

Prüft man nun diese Ausführungen auf ihre, wie gewöhnlich, unausgesprochenen Voraussetzungen, so findet man, daß hier offenbar unter Recht bereits, wenigstens zum Teil, nicht mehr, wie von Savigny und Puchta, Rechtssätze, sondern Rechtseinrichtungen verstanden werden. Das wird nur dadurch verhüllt, daß Beseler ebenso wie die Begründer der historischen Schule scheinbar vom Rechtsbewußtsein ausgehen. Aber diese halten sich, wenigstens für die Gegenwart, an das Rechtsbewußtsein der Juristen, die sich der Lehre und der Rechtspflege bemächtigt haben, Beseler an das Rechtsbewußtsein des Volkes, bei dem sich heute noch wie vor vielen Jahrhunderten die Rechtseinrichtungen entwickeln. Savigny und Puchta haben selbst den Schwerpunkt in das Rechtsbewußtsein verlegt, die Übung nur als „äußeres Kennzeichen" behandelt. Daraus zieht Beseler die Folgerung und will für sein Volksrecht von dem Erfordernis der Übung bei der praktischen Rechtsanwendung vollständig absehen. Als ihm Puchta, von seinem Standpunkte aus ganz unfolgerichtig, die Unsicherheit eines solchen Rechts ohne das äußere Kennzeichen der Übung einwendet, erwidert er, schon dadurch, daß er für die Erkenntnis des Volksrechts die unmittelbare Anschauung der Lebensverhältnisse für so überwiegend wichtig erklärt habe, liege „die ganz bestimmte Hinweisung auf die Übung der Norm, welche sich eben in den Lebensverhältnissen offenbart, indem sie dieselben beherrscht". Hier prallen die Gegensätze aneinander: einerseits die Anschauung, daß es vor allem auf das Recht ankomme, das vor den Gerichten gilt, andererseits die Erkenntnis, daß das Recht die Lebensverhältnisse beherrscht, auch ohne Dazwischenkunft der Gerichte. Wenn

Savigny und Puchta dagegen ankämpften, obwohl sie die Übung überhaupt nicht als Erfordernis der Entstehung des Gewohnheitsrechts ansehen, so tritt hier wieder der Mangel an Folgerichtigkeit zutage, der ihren ganzen Kampf gegen Beseler kennzeichnet. Aber weit über Savigny und Puchta ist Beseler hinausgegangen, indem er sich nicht mehr damit begnügt, Lehrsätze über Volksrecht und Juristenrecht aufzustellen, sondern nach Methoden sucht, wie man sich unmittelbar, „nach Art des Naturforschers", „auf dem Wege der Beobachtung", Kenntnis vom Volksrecht verschaffen könnte. Daß diese gewaltige Anregung des großen Germanisten bisher vollständig unbeachtet bleiben konnte, beweist wieder einmal, daß auch in der Wissenschaft weniger der Geist, als Machtverhältnisse entscheiden.

Der Beselersche Gedanke wurde weitab von seiner Heimat verwirklicht von einem Schüler Savignys, dem Kroaten Bogišič, und einem anderen Kenner der Werke Savignys, dem Spanier Costa. Beide suchen sich die Wissenschaft des Volksrechts zu verschaffen nicht durch Feststellnng von Rechtssätzen, sondern durch Untersuchung der Rechtsverhältnisse und Rechtseinrichtungen. Bogišič hat für seine Zwecke einen umfangreichen, mehr als 800 Fragen umfassenden Fragebogen entworfen und hat die Antworten, die ihm von allen von Südslawen bewohnten Gegenden zukamen, seinem Werke (Zbornik sadašnih pravnih običaja južnih Slovena) zugrunde gelegt, während Costa sich durch unmittelbare persönliche Anschauung der von ihm beschriebenen Rechtsverhältnisse und Rechtseinrichtungen die Grundlage für sein zweibändiges Werk: Derecho consuetudinario y economía popular en España geschaffen hatte. Der zweite Band enthält übrigens auch fremde Arbeiten. Nach der Methode von Bogišič ist das Werk von Bobčev über bulgarisches Gewohnheitsrecht verfaßt: Sbornik na blgarski juriditski obitschai.

Über alle diese Arbeiten hoffe ich noch an anderer Stelle berichten zu können. Auf die in kroatischer Sprache erschienenen, daher im Westen sehr wenig bekannten Arbeiten von Bogišič habe ich schon vor mehreren Jahren in einem in Schmollers Jahrbuch veröffentlichten Aufsatze mit allem Nachdrucke hingewiesen und bin daher gegen den in Wien wider mich erhobenen Vorwurf, ihn verschweigen zu wollen, nach allen Richtungen gewappnet. Aber ebensowenig kann ich zugeben, daß ich den Grundgedanken meiner soziologischen Arbeiten ihm verdanke. Da die Arbeiten von Bogišič schon wegen der Sprache der westeuropäischen Öffentlichkeit meist unzugänglich sind, ist es nicht für jedermann möglich, sich durch den Augenschein zu überzeugen, wie leichfertig gegen mich die Anschuldigung der Entlehnung erhoben wurde. Bogišič war geradezu ein Genie des Konkreten, sein Fragebogen ist ein Meisterwerk des

Verständnisses für die Rechtsvorstellungen und die darauf beruhenden Ordnungen einer zurückgebliebenen Gesellschaft. Aber allgemeine Gedanken würde man bei ihm vergeblich suchen. Die Stelle aus seinem Sbornik, die ich in meinem genannten Aufsatze übersetzt veröffentlicht habe, ist fast alles, was ich bei ihm an grundsätzlichen Erörterungen gefunden habe. Er hat ein unschätzbares Material geliefert, aber nicht eine Verarbeitung des Materials, die ich hätte verwerten können. Dabei ist sein Gesichtskreis ziemlich eng: er beschränkt sich ganz auf die einer ursprünglichen Gesellschaft eigentümlichen Einrichtungen, für die Verhältnisse einer höheren Gesittung, eines reicheren Lebens, des modernen Verkehrs hat er nicht das geringste Interesse. Danach möge man beurteilen, wie weit ich über Bogišič überall hinausgegangen bin.

Wohl aber sehe ich mich genötigt, auf die kleine Schrift von Dniestrzanski: Das Gewohnheitsrecht und die sozialen Verbände (1905) hinzuweisen, in der sich wenigstens im Keime manche Gedanken finden, die denen einigermaßen nahe stehen, die im vorliegenden Buche vorgetragen werden. Die Schrift ist mir erst während der Ausarbeitung des Buches bekannt geworden. Von einer Entlehnung kann jedoch schon deswegen keine Rede sein, weil diese Gedanken schon in meinem im Jahre 1903 veröffentlichten Vortrage: Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft angedeutet waren; doch ist auch der Aufsatz von Dniestrzanski von meinem Vortrage offenbar ganz unabhängig.

Bogišič hat übrigens auch das außerordentliche Verdienst, das einzige Gesetzbuch verfaßt zu haben, das vollständig den Forderungen entspricht, die Savigny an die Gesetzgebung stellt. Es ist das Gesetzbuch über das Vermögen für Montenegro. Es beruht auf einer sehr sorgfältigen und methodischen Erforschung der südslawischen Rechtssitte, nicht bloß der sehr spärlich vorhandenen Rechtssätze, sondern vor allem der konkreten Rechtsverhältnisse und Rechtseinrichtungen. Diese Arbeiten, die nicht auf das für die Gesetzgebung ganz entbehrliche historische Verständnis, sondern auf das Erfassen des Bestehenden, noch Vorhandenen gerichtet waren, haben es Bogišič ermöglicht, ein anerkanntes Meisterwerk zu liefern.

Die Unergiebigkeit aller bisherigen Lehre vom Gewohnheitsrecht liegt an der Unklarheit ihrer Ziele. Während die älteste Jurisprudenz darin nur dem Richter Weisungen darüber zu erteilen bestrebt war, in welchen Fällen er gegenüber dem gemeinen Rechte örtliche oder partikuläre Gewohnheiten zu beachten habe, suchte die historische Schule unter diesem Titel zunächst die Lehre von der Entstehung des Rechts zu geben. Sie ist sich jedoch darüber nicht klar geworden, daß die Entstehung der Rechtseinrichtungen und der Rechtssätze zwei sehr verschiedene Dinge sind: daß sich die erste in der Gesellschaft

selbst, also nach ihrer Terminologie „im Volksbewußtsein“ vollzieht und in den Regeln des Handelns, also nach ihrer Terminologie in der Übung, äußerlich hervortritt, während die Rechtssätze von den Juristen formuliert werden. Anstatt die beiden Erscheinungen abgesondert nebeneinander zu behandeln, lassen sie sie einander folgen, und da sie sich des Gegensatzes gar nicht bewußt werden, so stellen sie eine Lehre auf, die im wesentlichen nur für das Juristenrecht paßt, und beziehen sie dann auch auf die gesellschaftliche Rechtsentwicklung. Als aber Beseler darauf hinweist, daß es auch in der Gegenwart noch ein „Volksrecht“ gibt, Rechtseinrichtungen, die unmittelbar in der Gesellschaft hervortreten, stehen sie dieser Folgerung aus ihren eigenen Grundsätzen ratlos gegenüber. Im allgemeinen können die Lehren von Savigny und Puchta als für das Juristenrecht richtig anerkannt werden, ihr ewiges Schwanken und ihre Unsicherheit beruht doch nur darauf, daß sie sich über diese Beschränkung nie klar geworden sind.

Dabei spielt jedoch noch eine andere Zweideutigkeit hinein. Auch das Juristenrecht hat eine doppelte Aufgabe. Es hat zunächst für die in der Gesellschaft entstandenen Rechtseinrichtungen durch Verallgemeinerung und Vereinheitlichung der gesellschaftlichen Regeln des Handelns die erforderlichen Entscheidungsnormen zu formulieren, außerdem aber auch nach den in der Gesellschaft herrschenden Gerechtigkeitsströmungen selbständig Entscheidungsnormen zu finden. Auch hier haben die Begründer der historischen Schule nicht unterschieden; dieser Fehler ist jedoch deswegen weniger fühlbar, weil bis zu einem gewissen Grade tatsächlich für beide Arten des Juristenrechts dieselben Regeln bestehen. Immerhin muß dabei betont werden, daß ihre Ausführungen hauptsächlich für die zweite Art des Juristenrechts zugeschnitten sind, obwohl sie, wie besonders ihre Lehre von der Analogie und der Natur der Sache zeigt, gelegentlich auch die erste ins Auge fassen.

Immerhin konnten sich Savigny und Puchta der Erkenntnis nicht entziehen, daß es notwendig ist, nicht bloß eine Theorie der Rechtsquellen, eine Wissenschaft von der Entstehung und Entwicklung des Rechts aufzustellen, sondern auch dem Richter Weisungen darüber zu geben, wie er die Verbindlichkeit des Gewohnheitsrechts zu prüfen habe. Daher übernehmen sie von der älteren gemeinrechtlichen Jurisprudenz die Lehre von den Erfordernissen des Gewohnheitsrechts, die ihnen aber unter der Hand Mittel zur Erkenntnis des bereits im Rechtsbewußtsein des Volkes oder des Juristenstandes vorhandenen Gewohnheitsrechts werden. Unter diesem Gesichtspunkte werden von ihnen besprochen: die Methode, die Gleichförmigkeit, die langandauernde Wiederholung der Handlungen, die Anerkennung im richterlichen Urteil, die opinio necessitatis, die Rationabilität, die

Publizität, die Tragweite des Irrtums. Es ist klar, daß diese armseligen „Kautelen“ weder für die Prüfung der Rechtsbeständigkeit der in der Gesellschaft entstandenen Einrichtungen, noch auch der Verbindlichkeit des Juristenrechts erforderlich sind; wohl aber können sie für den Zweck dienen, für den sie gefunden worden sind und für den sie die ältere gemeinrechtliche Jurisprudenz verwertet: für die Erkenntnis der Verbindlichkeit örtlicher und partikulärer Rechtsgewohnheiten gegenüber dem gemeinen Rechte. Das wurde besonders von Savigny erkannt, als er lehrte, dieser beschränkte Gesichtspunkt, „es müßte sich die Gewohnheit als Entstehungsgrund der Rechtsregel stets in bestimmte, einzelne erweisliche Handlungen auflösen lassen“, könnte höchstens auf partikuläre Gewohnheiten Anwendung finden, an welche allein man meistens zu denken pflegt. „Auf die großen und schwierigen Fälle des modernen Gewohnheitsrechts, worin dasselbe mit dem wissenschaftlichen Recht zusammenfällt, leidet derselbe gar keine Anwendung. Die Bedingungen, die man für die Entstehung des Gewohnheitsrechts anzunehmen pflegt, beziehen sich durchaus auf die Natur derjenigen Handlungen, aus welchen man dasselbe stets hervorgehen läßt. Sie haben daher auch nur eine einseitige Anwendbarkeit auf das partikuläre Gewohnheitsrecht, und selbst bei diesem dürfen die einzelnen Handlungen nicht eigentlich als Entstehungsgründe, sondern vielmehr als Erscheinungen oder Kennzeichen einer vorhandenen gemeinsamen Rechtsüberzeugung angesehen werden. Mit diesen Modifikationen aber kann jenen Bedingungen allerdings Wahrheit zugeschrieben werden, so daß sie einzeln geprüft und festgestellt werden müssen“. Und jetzt werden die Bedingungen, wie sie die gemeinrechtliche Theorie überliefert hat, besprochen. Daß es sich dabei nur um partikuläre Gewohnheiten handelt, wird auch durch das englische Recht bestätigt. Das common law, das im wesentlichen Juristenrecht ist, steht durchgehends unter den Regeln, die Savigny und Puchta für ihr Gewohnheitsrecht entwickelt haben, das ebenfalls überwiegend Juristenrecht sein soll. Außerdem finden sich allerdings Regeln solcher Art wie: A custom in order that it may be legal and binding must have been used so long, that the memory of the man runneth not to the contrary; it must be reasonable, it must be continued, non interrupted and peaceably enjoyed; must be reasonable; must be certain, must be compulsory; customs must be consistent with each other; as to the allowance of special customs no custom can, of course, prevail against the express provision of an Act of Parliament. Der gemeinrechtliche Jurist muß sich da ganz angeheimelt fühlen. Aber das alles bezieht sich nicht etwa auf Gewohnheitsrecht, sondern auf local and special customs.

Die neuere gemeinrechtliche und deutsche Rechtswissenschaft be-

deutet einen Rückschritt gegenüber Savigny und Puchta. Sie steht fast ausschließlich auf dem Boden des staatlichen Rechts, vermag daher weder eine Theorie der außerstaatlichen, gesellschaftlichen Rechtsentwicklung, noch auch eine Theorie des Juristenrechts zu geben. Es tritt für sie wieder dieselbe Frage in Vordergrund, die die Jurisprudenz der römischen Kaiserzeit und die gemeinrechtliche Jurisprudenz gefesselt hatte: ob und wie dem staatlichen gemeinen Rechte gegenüber ein anderes Recht zur Geltung kommen kann. Praktisch löst sich diese Frage in eine Frage der Geltung partikulärer und örtlicher Gewohnheiten auf. Daher wurde Savigny und Puchta gegenüber die alte Lehre von den Erfordernissen des Gewohnheitsrechts wieder aufgenommen. Da das Recht grundsätzlich ein Ausfluß der Staatsgewalt ist, so wird in verschiedener Form, ausgesprochen oder „stillschweigend", die Zulassung, Billigung oder Anerkennung der Staatsgewalt gefordert und damit ein Gedanke Justinians und der älteren gemeinrechtlichen Jurisprudenz zum neuen Leben erweckt. Wenn dann aber, anknüpfend an Savigny und Puchta, das Gewohnheitsrecht auf die allgemeine Rechtsüberzeugung von seiner Verbindlichkeit gegründet wird, so kann es sich angesichts der staatlichen Rechtstheorie dabei nur noch um ein besonderes Erfordernis handeln. Der Sinn dieser Lehre ist nur: jedes Recht kommt vom Staate, der Staat läßt auch außerstaatliches Recht unter bestimmten Voraussetzungen zu, unter denen sich auch die allgemeine Rechtsüberzeugung befindet. Die Unhaltbarkeit aller dieser Lehren hat Zitelmann überzeugend nachgewiesen. Er selbst führt die Geltung des Gewohnheitsrechts einfach auf seine Geltung zurück: es gilt eben deswegen, weil es gilt. In dieser Tautologie ist aber die tiefere Erkenntnis der Außerstaatlichkeit wenigstens des Gewohnheitsrechts verborgen; auch unabhängig von der Staatsgewalt könne Recht entstehen, wenn es sich gesellschaftliche Geltung verschafft. Zitelmann hat seinen Gedanken nicht näher ausgeführt. Der Franzose Gény dagegen hat, unmittelbar auf Savigny und Puchta fortbauend, aber auch Jheringsche Gedankengänge erweiternd, die libre récherche scientifique, das Juristenrecht der Begründer der historischen Schule, gegenüber der auch in Frankreich herrschenden staatlichen Rechtsauffassung als Rechtsquelle wieder zu Ehren gebracht.

Für die soziologische Rechtswissenschaft ist ein so bunt zusammengesetzter Begriff wie der des Gewohnheitsrechts der hergebrachten Jurisprudenz selbstverständlich unbrauchbar. Sie wird ihn in die einzelnen Bestandteile zerlegen und diese an entsprechender Stelle abgesondert behandeln müssen: Die Entstehung der Rechtseinrichtungen in der Gesellschaft unabhängig vom Staate, die Entstehung von Rechtssätzen durch die Tätigkeit der Juristen als Schriftsteller, als Lehrer

und als Richter, und die Frage, inwiefern die Gerichte und andere staatliche Behörden an außerstaatliches Recht gebunden sind. Es handelt sich um durchaus verschiedene Wissensgebiete, und ihre Zusammenkoppelung kann unmöglich etwas anderes stiften als Verwirrung.

Aber auf ein kleines Gebiet eingeschränkt, ist der Begriff des Gewohnheitsrechts auch für die soziologische Rechtswissenschaft unentbehrlich. Wo nicht, wie in England, feste Vorschriften für die Bildung des Juristenrechts bestehen, ist dieses unmittelbar nach seinem Entstehen notwendigerweise schwankend und unsicher; immer erst nach längerer Zeit wird eine Regel des Juristenrechts so allgemein anerkannt, daß sich der Richter nicht mehr für befugt hält, davon abzuweichen, selbst wenn sie seiner eigenen Überzeugung widerspräche. Sie ist dann doch etwas mehr als Juristenrecht, und es würde durchaus auch der heute herrschenden Lehre entsprechen, sie als Gewohnheitsrecht zu bezeichnen. Eine besondere Betrachtung verdient die ständige Rechtsprechung gegen das Gesetz in Fällen, wo von einem Rechtsirrtum keine Rede sein kann. Daß sie vorkommt ist wohl zweifellos. Sie wurde in Frankreich unzähligemal beobachtet, blüht aber selbst in Österreich, sonst dem Paradies engherzigster Buchstabenjurisprudenz. Daß aus einer solchen Rechtsübung Gewohnheitsrecht entstehe, wird oft bestritten: das kann aber doch nur bedeuten, daß den Gerichten hier die Rückkehr zum Gesetze immer offenstehe, und daß keinem Richter Rechtsbeugung vorgeworfen werden kann, wenn er gegen die bisherige Übung nach dem Gesetze entscheidet, sobald er dabei wirklich nur seiner Überzeugung folgt. Die Erscheinung müßte jedenfalls genauer betrachtet werden: sie zeigt gegenüber dem Falle, daß Gewohnheitsrecht einfach aus dem Juristenrechte hervorgeht, zahlreiche Eigentümlichkeiten.

XX.

Methoden der Soziologie des Rechts.

I. Rechtsgeschichte und Jurisprudenz.

Zwischen Wissenschaft und Kunst besteht kein Gegensatz. Jedes wahre Werk der Wissenschaft ist ein Kunstwerk, und es ist ein armer Mann der Wissenschaft, der nicht ein Künstler ist. Ein Werk der Wissenschaft muß mit denselben Eigenschaften vollbracht werden wie ein Kunstwerk; es gehört für beide Empfänglichkeit des Geistes, Phantasie, Gestaltungskraft. Daher muß jeder selbständige Forscher seine Methode, ebenso wie jeder ursprüngliche Künstler seine Technik, schaffen. Wer mit fremder Methode arbeitet, ist, ebenso wie wer mit fremder Technik arbeitet, möglicherweise ein großer Schüler, aber doch nur ein Schüler, der das Werk seines Meisters fortsetzt, kein neues beginnt. Man kann daher wohl seine eigene oder eine fremde Methode oder Technik lehren, aber nicht die wissenschaftliche Methode oder die künstlerische Technik. Denn der selbständig denkende und arbeitende Geist wird immer nach neuen Methoden und Techniken suchen, die seiner Eigenart entsprechen.

Aber welche Methode und welche Technik es auch sein mag, sie wird stets von dem ausgehen, was die äußere Welt dem menschlichen Geiste darbietet: denn dieser kann nur die Eindrücke verarbeiten, die er von außen empfängt. Jeder Deduktion ist notwendigerweise eine Induktion, jedem Idealisieren die Aufnahme des äußeren Eindrucks des Idealisierten vorausgegangen. Nur vollzieht sich die Induktion und die Aufnahme sehr häufig mit Blitzesschnelle, unbewußt, ohne jede darauf gerichtete Absicht, und erst die nachträgliche Arbeit der Deduktion oder des Idealisierens gelangt ins Bewußtsein. Dadurch entsteht der Schein einer induktiven Wissenschaft oder einer idealistischen Kunst.

Mit solchen unbewußten Induktionen arbeiteten und arbeiten bisher zumeist die Gesellschaftswissenschaften. Wenn aber Montesquieu ein gutes Stück seiner Staatslehre scheinbar rein deduktiv aus seiner Einteilung der Regierungsformen ableitet, wenn er die Despotie auf die Furcht, die Monarchie auf die Ehre, die Republik auf die Tugend gründet, so sind die allerdings höchst oberflächlichen und unmetho-

dischen Induktionen, die den Deduktionen vorausgingen, für jedermann leicht erkennbar: die Theorie der Despotie beruht auf den Berichten über die griechischen Stadttyrannen oder die römischen Kaiser, der Monarchie liegt die Betrachtung des feudalen Staates, der Republik die des kleinen antiken Freistaates und der Schweizer Kantone zugrunde. Welche Fülle von unbewußter Erfahrung in der Werttheorie von Riccardo oder Marx, geradezu ein Musterbild der Deduktion, zusammengepreßt ist, muß jeder fühlen, wer ihre Ausführung verständnisvoll verfolgt. Und in der Vorrede zu seinem Werke über den Kapitalzins sagt Böhm-Bawerk, einer der Hauptvertreter der angeblich rein deduktiven österreichischen Schule der Volkswirte, die Tatsachen, die dem Buche zugrunde liegen, seien dem gemeinen täglichen Leben, so wie es jedem von uns sich darbietet, durch schlichte, formlose Beobachtung unmittelbar abgelauscht.

Auch die Soziologie, auch die Soziologie des Rechts, muß eine Beobachtungswissenschaft sein. Der Mann, der vor mehr als anderthalb Jahrhunderten die drei Worte: Esprit des Lois über sein Buch schrieb, hat gewiß schon eine Soziologie des Rechts mit der Seele gesucht. Und Montesquieu sammelte bereits Tatsachen, zwanzig Jahre lang, auf weiten Reisen, als unermüdlicher Leser. Sein Buch, das dilettantische, ungeordnete, sprunghafte Werk eines Grandseigneurs, nicht eines Gelehrten, auch viel zu groß angelegt, nicht nur für ihn, sondern auch für seine Zeit, ist doch eine unerschöpfliche Quelle der Anregung und Belehrung, und es wäre wahrlich der Mühe wert, daß die zahllosen von ihm gestreiften und abgefertigten, aber fast nie gelösten Fragen einmal mit den Hilfsmitteln der modernen Wissenschaft untersucht werden.

Es handelt sich hier nicht um Literaturgeschichte, auch nicht um die Methodologie, sondern nur um eine Methode der Soziologie des Rechts. Die wichtigste Frage, die diese in unserer Zeit zu lösen hat, ist: mit welchen Erscheinungen sich der Soziologe zu beschäftigen und in welcher Weise er die Tatsachen für deren Erkenntnis und Erklärung zu sammeln hat. Die gesellschaftlichen Erscheinungen auf dem Rechtsgebiete, auf die es für die wissenschaftliche Erkenntnis des Rechts ankommt, sind vor allem die Tatsachen des Rechts selbst: die Übung, die in den menschlichen Verbänden jedem Einzelnen seine Stellung und seine Aufgabe bestimmt, die Herrschafts- und Besitzverhältnisse, die Verträge, Satzungen, letztwilligen Anordnungen und sonstigen Verfügungen und der Erbgang. Dann kommt der Rechtssatz, bloß als Tatsache, also nur nach seinem Ursprung und seiner Wirkung, nicht auf seine praktische Anwendung und Auslegung hin betrachtet; endlich alle die gesellschaftlichen Kräfte, die zur Rechtsbildung führen. Auf diese Erscheinungen müßte daher das Auge des

Soziologen gerichtet sein, und er müßte die Tatsachen sammeln, die diese Erscheinungen ergeben und erklären.

Die bisherige Rechtswissenschaft hat von den Erscheinungen des Rechtslebens nur eine einzige eingehend behandelt: den Rechtssatz; die anderen hat sie bestenfalls vorübergehend gestreift. Und die Tatsachen, die sie für die Erkenntnis und Erklärung des Rechtssatzes heranzog, gehörten fast ausnahmslos der Geschichte und der Ethnologie an. Soweit wir eine wirkliche, theoretische Wissenschaft vom Rechte haben, ist sie historisch oder ethnologisch. Ihrem Grundgedanken nach ist jedoch auch die ethnologische Rechtswissenschaft historisch, denn sie geht davon aus, daß das Recht aller Völker annähernd dieselben Entwicklungsstufen durchmacht, daß also das Recht der Völker auf niederer Stufe, mit dem sich die ethnologische Rechtswissenschaft befaßt, wenigstens in den Grundzügen der Vergangenheit des Rechts aller anderen Völker entspricht.

Die Rechtsgeschichte ist zweifellos vor allem berufen, der Soziologie des Rechts das Materiale zu liefern. Aber nicht um die Geschichte des Rechtssatzes, um Quellengeschichte und Dogmengeschichte, handelt es sich dabei in erster Linie, sondern um die Geschichte der Rechtseinrichtungen. Kein ernster Rechthistoriker glaubt mehr daran, er könnte aus den überlieferten Rechtssätzen das ganze Recht ferner Zeiten entnehmen, etwa aus den XII Tafeln, selbst wenn sie vollständig erhalten wären, den Rechtszustand Roms zur Zeit ihrer Verfassung, aus der Lex Salica das ganze Recht der salischen Franken oder aus dem Sachsenspiegel das der Sachsenlande. Er ist darauf bedacht, die Kenntnis und die Anschauung der Rechtseinrichtungen auf Grund der Urkunde zu gewinnen. Und doch verhilft uns auch die Urkunde nicht zu einem vollständigen Bild des Rechts der Vergangenheit. Sie spricht nur von Verträgen, Rechtsverhältnissen und Entscheidungen, die beurkundet worden sind, sie schweigt über das mündlich vorgenommene Rechtsgeschäft und über die meisten Rechtsverhältnisse, die weder zu einer Beurkundung noch zu einem Rechtsstreit Anlaß geben. Über die rechtliche Gestaltung des Familienlebens, über die Bodenverfassung, über die Vorgänge im Handel und Wandel, die so ungeheuer wichtig wären, um den Geist und die Ordnung, die das ganze Leben der Vergangenheit beherrschten, zu erkennen, werden wir aus der Urkunde nicht viel entnehmen. Oft wäre es für den Rechtshistoriker viel wichtiger, wenn er die Abbildung auf einer alten Vase zu deuten vermöchte. Gewiß hat in der neuesten Zeit die Fähigkeit, zwischen den Zeilen der Überlieferung zu lesen, aus jedem Wort alles, was es voraussetzt, zu entziffern, fast unheimlich zugenommen: aber die fehlende Überlieferung kann sie nicht ersetzen. Was sich nur der unmittelbaren Anschauung erschlossen hätte, dürfte der Nachwelt unwiederbringlich verloren sein.

So groß auch diese Schwierigkeiten sein mögen, die vornehmste Aufgabe der Rechtsgeschichte muß die bleiben, auf die sie schon die Begründer der historischen Schule gewiesen haben, die Rechtssätze und die Rechtseinrichtungen aus dem gesamten Volksleben, aus der ganzen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verfassung herauswachsend zu zeigen. Für die Soziologie des Rechts hat sie nur soweit Wert als ihr das gelingt; die einzelnen Rechtssätze als solche, die Rechtseinrichtungen von ihren Voraussetzungen gesondert, sagen ihr nichts. Wenn es eine Gesetzmäßigkeit in den Erscheinungen des Rechtslebens gibt, die die Soziologie aufzudecken und darzustellen hätte, so kann sie nur in dessen Bedingtheit durch die gesellschaftliche und wirtschaftliche Verfassung liegen; wenn es eine gesetzmäßige Rechtsentwicklung gibt, so kann sie nur im Zusammenhange der ganzen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Entwicklung erkannt und dargestellt werden. So wird die Soziologie des Rechts nicht aus den Rechtsaltertümern, sondern aus der Gesellschafts- und Wirtschaftsgeschichte ihre Materiale schöpfen.

Nicht minder wichtig für die Soziologie des Rechts sind die Ergebnisse der praktischen Jurisprudenz. Es gibt keine Kunstlehre, die nicht der Anfang einer Wissenschaft wäre, und das gilt auch von der Jurisprudenz. Um die Natur zu beherrschen, strebt der Mensch, die Naturgesetze zu erforschen, und um als Jurist das Leben zu meistern, muß er das Leben kennen lernen. Dem praktischen Juristen handelt es sich allerdings vorzüglich um die Entscheidungsnormen. Da sich aber diese unmittelbar aus den gesellschaftlichen Gestaltungen ergeben, oder auf die gesellschaftlichen Gestaltungen bezogen werden müssen, so kommen sie ihm nicht anders zum Bewußtsein und können von ihm nicht anders dargestellt werden, als in und mit diesen Gestaltungen. Es ist unmöglich, das Familienrecht zu lehren, ohne die Familie zu beschreiben, unmöglich das Sachenrecht zu erklären, ohne zu sagen, welche Arten von Sachenrechten im Leben vorkommen, unmöglich das Vertragsrecht darzustellen, ohne den Inhalt der Verträge anzugeben, die abgeschlossen werden. Und mit den Normen, die sie darstellt, muß die Jurisprudenz ein Bild der Gesellschaft geben, für die die Normen gelten sollen, und dieses Bild wird von Männern entworfen, die der juristischen Betrachtung der Gesellschaft das Leben gewidmet haben, und das feine Gefühl für die Wirklichkeit der Dinge besitzen sollen, das wir bei den alten römischen Juristen, bei Bartolus und so manchen aus der neuesten Zeit, bewundern. In diesem Sinne wurde die Jurisprudenz von einem berühmten Römer divinarum atque humanarum rerum notitia genannt. Der juristische Lehrvortrag hat der cupida legum iuventus, die das Leben noch nicht kennt, all die Beobachtungen zu ersetzen, die man sonst selber machen müßte, um

Jurist zu werden, und ihr auch die zu geben, die sie selbst nie machen würde, die ihren Gesichtskreis erweitern und ihre Empfindung verfeinern.

Die lebendige Anschauung der menschlichen Verhältnisse von rechtlicher Art, die Verallgemeinerungen der Ergebnisse der Anschauung, und die dazu gehörenden Entscheidungsnormen, das ist das Wissenschaftliche an der Jurisprudenz. So weit ist die Jurisprudenz tatsächlich eine Morphologie der rechtlichen Gestaltungen des gesellschaftlichen Lebens. Sie zeigt uns den Staat in allen Verzweigungen seiner Tätigkeit, die Formen der Familie, das Eigentum und die dinglichen Rechte, die Verträge und die sonstige wirtschaftliche Güterbewegung, die Organisation des Handels, der Industrie, des Gewerbes, der Landwirtschaft, des Bergbaues, das Schicksal des Vermögens nach dem Tode des Besitzers. Die juristische Systematik gliedert den ganzen Stoff, indem sie das Verwandte zusammenfaßt und das Verschiedene sondert. Und auch der vielverlästerte allgemeine Teil enthält Wissenschaft: denn indem er die zusammengesetzten, verwickelten Rechtseinrichtungen in ihre Bestandteile zerlegt, deckt er ihren inneren Bau auf und schafft einen genauen und doch zugleich dehnbaren wissenschaftlichen Sprachgebrauch. Die Juristen, im Banne praktischer Interessen stehend, treiben zwar gesellschaftliche Morphologie und Systematik von einem ganz anderen Gesichtspunkte aus als es der Forscher tun müßte. Aber ein großer Teil schwieriger Arbeit ist diesem doch dadurch abgenommen, daß er Ergebnisse fremder Beobachtungen bloß für seine Zwecke zurechtzulegen braucht.

Allerdings handelt die Jurisprudenz zunächst nur von Rechtssätzen, die einem bestimmten, positiven Rechte angehören. Eben deswegen gibt sie, wenn sie von den Rechtssätzen zu den ihnen zugrunde liegenden Lebensverhältnissen gelangt, nur die Morphologie einer Gesellschaft, die von einem bestimmten positiven Rechte beherrscht wird. Aber die menschlichen Verhältnisse, von denen die Darstellung des Rechts ausgehen muß, sind von den Rechtssätzen unabhängig. Der Staat und dessen Organe, die Personen, das Eigentum, die dinglichen Rechte, die Verträge, das Erbe, finden sich überall, und bei Völkern annähernd derselben Gesittung und derselben wirtschaftlichen Entwicklungsstufe auch in einer Ausgestaltung, die neben Verschiedenheiten immer auch eine Reihe gemeinsamer Züge aufweist. Man darf also ganz gut daran gehen, alle diese Rechtsverhältnisse ohne Rücksicht auf ein positives Recht darzustellen, wie das in der Volkswirtschaftslehre bei den wirtschaftlichen Rechtsverhältnissen längst geschieht. Deswegen ist auch ganz wohl eine allgemeine Rechtswissenschaft möglich, die, geradeso wie etwa die Volkswirtschaftslehre, nicht

von einer durch ein bestimmtes Recht beherrschten Gesellschaft, sondern von der menschlichen Gesellschaft als solcher ihren Ausgangspunkt nähme. Das Gemeinsame der Rechtsverhältnisse ohne Rücksicht auf die positiven Rechte, die für sie gelten, zusammenzufassen, die Verschiedenheiten nach ihren Ursachen und ihren Wirkungen zu erforschen, das ist die erste Aufgabe der soziologischen Wissenschaft vom Rechte. Auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts, des Staats-, Verwaltungs-, Straf-, Prozeßrechts ist bereits vieles in dieser Richtung geschehen: nur im Privatrecht fehlt es noch fast an allem.

Und doch hat gerade für das Privatrecht die gemeinrechtliche Jurisprudenz bereits in großartiger Weise der soziologischen Rechtswissenschaft vorgearbeitet. Sie selbst war Erbe einer zweitausendjährigen, nie unterbrochenen internationalen juristischen Gedankenarbeit. Ihre Grundlage war das corpus iuris civilis, trotz aller Mängel ein gewaltiges Werk. In ihm hat der historische Zusammenhang der römischen Rechtswissenschaft einen überwältigenden Ausdruck gefunden. Mit seinen Wurzeln reicht es in die pontifikale Jurisprudenz, weit in vorgeschichtliche Zeiten zurück. Seither haben zahllose Juristengeschlechter daran geschaffen, immer der Schüler auf den Lehrer, seinerseits als Fortbildner und als Lehrer folgend, jedes Geschlecht die Leistungen aller vorausgegangenen aufnehmend und auf dieser Grundlage weiterbauend. So verbindet die Professoren in Konstantinopel und Beyrut, die Verfasser des justinianischen Gesetzbuchs mit jedem der Prudentes der römischen Urzeit eine nie unterbrochene Kette mündlicher Überlieferung. Immer mehr wird es heute erkannt, daß diese römische Jurisprudenz in stetem Zusammenhange stand mit allem, was das Altertum auf diesem Gebiete geleistet hatte, daß sie immer bereit war, sich die Einrichtungen anderer Völker anzueignen, und in ihrer guten Zeit, die bis ins III. Jahrhundert unserer Zeitrechnung reicht, sie auch organisch mit dem Ganzen zu verbinden verstand: erst das, was in der Zeit des sinkenden Kaisertums von anderwärts dazukam, konnte von ihr zum Teil nicht mehr angeglichen werden. So wurden im corpus juris civilis die Ergebnisse der tausendjährigen antiken Rechtsentwicklung, wie in einem Brennpunkt gesammelt, dem Mittelalter überliefert. Daran schließt sich das Werk der Glossatoren und der Postglossatoren, ihnen folgen die großen Franzosen des XVI. und XVII. Jahrhunderts, die gelehrten und scharfsinnigen Niederländer, die ganze deutsche Jurisprudenz seit Ulrich Zasius. So waren fast alle gesitteten Völker Europas daran beteiligt, und es entstand ein Gebilde, das in der Rechtsgeschichte einzig dasteht, und auch auf anderen Gebieten geistigen Lebens nicht leicht seinesgleichen findet. Erst im XIX. Jahrhundert setzt die internationale Arbeit aus, denn die natio-

nalen Kodifikationen haben zu einer nationalen Jurisprudenz geführt. In Deutschland aber fährt die historische Juristenschule fort, mit dem anvertrauten Pfunde zu wuchern, und so erlebt hier die internationale Jurisprudenz des gemeinen Rechts noch eine neue, späte Blüteperiode.

Wenn hier aber wieder Bartolus und Baldus etwas ganz anderes vortrugen als die Glossatoren, Stryck und Lauterbach anderes als Ulrich Zasius, Windscheid und Dernburg etwas anderes als Vangerow, so war der Grund immer der, daß man zu verschiedenen Zeiten verschiedenes verlangte. Die Unterschiede sind so einschneidend, daß man fast sagen kann, es war ein ganz anderer Gegenstand, mit dem man sich befaßte. Berücksichtigt man aber die Mittelglieder, die die aufeinanderfolgenden Richtungen verbinden, so staunt man, wie allmählich, wie organisch sich überall der Übergang vollzogen hat, wie sehr auch hier jedes Geschlecht unmittelbar auf dem vorausgegangenen fußt. Nicht Theorien gaben den Juristen die Richtungen und die Methodik ein, sondern das Bedürfnis schuf sich die Richtung, die Methodik und die dazu gehörende Theorie. Diese Notwendigkeit, sich immer wieder dem Wechsel der Zeiten anzupassen, gab der gemeinrechtlichen Jurisprudenz die außerordentliche Fülle von juristischen Gedanken, ebenso wie ihr die Verbreitung über einen großen Teil der gesitteten Welt, wo sie den mannigfaltigsten Bedürfnissen zu dienen hatte, eine bewunderungswürdige Schmiegsamkeit und Ausdrucksfähigkeit eintrug.

Daher war die romanistische Jurisprudenz West- und Mitteleuropas nie eigentlich bloß die Jurisprudenz eines bestimmten nationalen Rechts, am wenigsten eine Jurisprudenz des römischen Rechts, sondern bereits einigermaßen eine Wissenschaft vom Rechte, eine allgemeine Rechtswissenschaft. Sie hat für eine nicht an die Schranke eines einzigen Rechts oder eines einzigen Volks oder an die Bedürfnisse der Rechtsübung gebundene Soziologie des Rechts die wichtigsten Voraussetzungen geschaffen: vor allem einen festen juristischen Sprachgebrauch, und darüber hinaus eine jedem Juristen, welchen Rechts er immer sein sollte, verständliche juristische Sprache: denn die Juristen aller gesitteten Völker lernen römisches Recht nach Lehrbüchern, die Juristen aus gemeinrechtlicher Schule verfaßt haben. In Deutschland haben an der Fortbildung der Jurisprudenz die Germanisten, zumal der Beselerschen Richtung einen großen Anteil; aber gerade sie haben aus dem deutschen Recht ein Stück der romanistischen Jurisprudenz gemacht, sie haben sich ihrer Systematik, ihrer Technik, ihrer Terminologie bedient, und so durch die Tat gezeigt, daß diese nicht bloß einer romanistischen, sondern einer jeden Wissenschaft vom Rechte dienen kann. Und wenn man von den deutschen gemeinrechtlichen Monographien und Gesamtdarstellungen des Pan-

dektenrechts alles in Abzug bringt, was irgendwie als Auslegung einer Quellenstelle erscheint, so bliebe noch immer eine wissenschaftliche Leistung übrig, die der Erforschung und der Lehre eines jeden, nicht bloß des gemeinen Rechts zugrunde gelegt werden kann.

Auf Grund der gemeinrechtlichen Jurisprudenz wird daher wohl in Zukunft die Soziologie des Rechts fortarbeiten müssen. Sie wird keineswegs zu verwechseln sein mit der „allgemeinen Rechtslehre“ oder mit der sogenannten Rechtsenzyklopädie. Nicht formalistische Abstraktionen der nationalen Rechtswissenschaften, sondern ihren lebendigen Inhalt soll sie darstellen. Die reine Auslegung gehört selbstverständlich nicht dazu, aber die gesetzliche Grundlage, von der die Jurisprudenz ausging, müßte dargelegt werden, ebenso die Gestalt, die die Einrichtungen in der Rechtspflege und im Leben erhalten haben.

Es möge gestattet sein, die Eignung der gemeinrechtlichen Jurisprudenz, die Grundlage für eine allgemeine Rechtswissenschaft zu bilden, an einem Beispiel zu erhärten. Die englische Lehre, daß formlose Verträge nur verbindlich seien, wenn eine consideration vorhanden ist, gehört wohl zu den Eigentümlichkeiten des englischen Rechts, die dem festländischen Juristen schwer verständlich sind. Erst jüngst wurden in einem deutschen rechtsgeschichtlichen Werk die römischen Innominatkontrakte mit den englischen Verträgen for good consideration zusammengestellt. Das ist selbstverständlich ganz unrichtig. Consideration hat mit res im Sinne des römischen Rechts im allgemeinen nichts zu tun, die formlosen Verträge des englischen Rechts sind keine Realverträge, sondern Konsensualverträge. Aber ein formloser Vertrag erzeugt nach englischem Rechte nur dann eine Verbindlichkeit, wenn jede Partei das Versprechen der andern durch irgend einen Nachteil, den sie erleidet, erkauft hat. Zahlt der Schuldner für die Schuld von 100 £ auch nur einen Tag vor der Fälligkeit oder an einem andern als dem vereinbarten Orte 10 sh., so kann ihm der Gläubiger den Rest formlos erlassen, denn die Zahlung vor der Fälligkeit oder an einem andern Orte kann für ihn ein Nachteil sein; zahlt er aber am rechten Orte und zur rechten Zeit, dafür 99 £, so muß der Erlaß durch eine formelle, schriftliche und gesiegelte Erklärung stattfinden, denn dann ist keine consideration vorhanden. Anders verhält es sich aber bei der Sachleihe (commodatum) und Hinterlegung (depositum), aber auch beim Auftrag (mandatum), wenn man dabei, zum Zwecke der Ausführung des Auftrages, vom Auftraggeber eine Sache übernimmt (etwa um sie an einen andern Ort zu bringen). Das alles sind Arten des gratuitous bailment: hier fehlt es offenbar an consideration. Für die Rückstellung haftet der Empfänger, wohl mit einer Schadenersatzklage (assumpsit). Aber haftet er auch dafür,

daß er die Vereinbarung schuldhaft schlecht erfüllt hat, oder sonst für den Mangel vertragsmäßiger Sorgfalt? In diesem Falle nehmen die Engländer an, die consideration liege in dem Nachteil, den der Geber dadurch erleide, daß er durch die Ausfolgung der Sache auf Ersuchen des Empfängers auf die unmittelbare Herrschaft über die Sache verzichte. Das bedeutet aber doch nur, daß hier die res an Stelle der consideration tritt. Die Leihe, die Hinterlegung und der mit Übergabe einer Sache verbundene Auftrag sind daher nach englischem Rechte Realverträge: bei ihnen wird die Verpflichtung erst durch Geben und Nehmen einer Sache begründet. Pollock erkennt auch in der Tat an, daß in dem Falle, wo nicht der Empfänger den Geber, sondern der Geber den Empfänger ersucht hat, also bei der Hinterlegung und dem Auftrag, ein Element des Vertrages, das Ersuchen, zu dem Zwecke fingiert wird, um so zu einer consideration zu gelangen. So leicht läßt sich diese feine und schwierige Lehre in der Sprache und mit den Begriffen der gemeinrechtlichen Jurisprudenz ganz restlos ausdrücken.

Die Hoffnung ist wohl berechtigt, daß bei einer solchen an keine nationalen Schranken gebundenen wissenschaftlichen Behandlung des Rechts schon die wiederhergestellte internationale Arbeit auf juristischem Gebiete einen reichen Ertrag liefern werde. Keine Wissenschaft ist je in nationaler Abgeschlossenheit groß geworden, sie bedarf nicht nur der Vorarbeit aller vergangenen, sondern auch der Mitarbeit des ganzen lebenden Geschlechts. Ein Volk, selbst das größte und begabteste, ist viel zu klein, um ganz allein, aus sich selbst heraus, eine Wissenschaft, geschweige denn eine Rechtswissenschaft zu schaffen. In welch armselige Kasuistik und Exegetik hatten sich die Franzosen, Engländer und Italiener verloren, als sie, sich ganz auf den Ausbau ihres nationalen Rechts beschränkend, fremde Anregungen grundsätzlich zurückwiesen: und doch haben sie tausendmal ihre ganz ausgezeichnete Begabung, gerade für die Rechtswissenschaft erwiesen, und beweisen sie heute noch durch den Aufschwung, den ihre Rechtswissenschaft in der jüngsten Zeit nimmt, seit sie mit der nationalen Engherzigkeit zu brechen beginnen. Predigt die Geschichte der Jurisprudenz in den Ländern des kodifizierten Rechts, diese Lehre nicht am eindringlichsten? Kaum irgendwo springt der Zusammenhang von Aufschwung und Niedergang mit der Eröffnung und Verschließung der Grenze gegenüber fremden Anregungen so deutlich wie hier in die Augen.

Durch die Gesetzbücher wurde allerdings die internationale Jurisprudenz des gemeinen Rechts verdrängt und die nationale praktische Jurisprudenz und eine nationale Rechtswissenschaft veranlaßt. Das eine und das andere ist eine vorübergehende Entwicklungsstufe, die auch

zum großen Teile gerade in der Gegenwart überwunden wird. Trotz der Verschiedenheiten der Gesetzgebung bleiben die Einrichtungen der gesitteten Völker so sehr verwandt, daß sie eine ihnen allen gemeinsame praktische und wissenschaftliche Morphologie und Normenbildung gestatten. Und dafür gibt die gemeinrechtliche Jurisprudenz wieder eine vortreffliche Grundlage ab. Für das Recht des österreichischen Gesetzbuchs und des preußischen Landrechts beginnt eine neue Periode mit der Anknüpfung an die gemeinrechtliche Jurisprudenz im Anschluß an das Werk Wächters über das württembergische Privatrecht. Wächter war der erste, der, wenn auch unbewußt, gezeigt hat, daß durch ein Partikularrecht die allgemeine Jurisprudenz nicht ausgeschlossen wird, weil es sich ja bei der Jurisprudenz nicht zunächst um Rechtssätze handelt, sondern um die Gestaltungen des Lebens, die man wohl an den Rechtssätzen mißt, aber nicht durch Auslegung der Gesetze gewinnt. Unger und Koch ist es gelungen, diesen Grundsatz auf das Recht ihrer Gesetzbücher anzuwenden, während für Frankreich schon längst das Werk von Zachariae vorgearbeitet hatte. Auch die Jurisprudenz des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs bewegt sich durchwegs auf diesen Bahnen. Ganz falsch ist es, wenn man dieses Vorgehen damit zu rechtfertigen versuchte, daß diese Gesetzbücher auf dem römischen Recht beruhen. Nicht das römische Recht, sondern der usus modernus bildet für das preußische Landrecht, den Code civil und für das österreichische bürgerliche Gesetzbuch die Grundlage; das deutsche bürgerliche Gesetzbuch ruht hauptsächlich auf den Pandekten des XIX. Jahrhunderts. Der wahre Grund aber ist, daß für die Darstellung des Rechts der Gesetzbücher ohne weiteres ein gutes Stück der gemeinrechtlichen Morphologie und Normenbildung verwertet werden konnte, die nicht die Morphologie und Normenbildung eines bestimmten Rechts, sondern die Morphologie und Normenbildung der Gesellschaft der gesitteten Völker Europas gewesen ist.

Als Graf Thun es unternommen hatte, den verknöcherten und verrosteten Rechtsunterricht in Österreich zu heben, tat er es in der Weise, daß er die Hälfte der Studienzeit, die zwei ersten Jahrgänge des juristischen Quatrienniums, für den Unterricht des römischen, des deutschen und des Kirchenrechts bestimmte. Das Ergebnis war sofort ein ungeahnter Aufschwung der österreichischen Jurisprudenz. Er hat damit zwar nicht die historische Grundlage des österreichischen Rechts lehren lassen, wohl aber der deutschen Wissenschaft das Einfallstor nach Österreich geöffnet. Was das juristische Denken in Deutschland an Ergebnissen im Laufe der letzten drei Jahrhunderte geliefert hat, fand seine akademische Form und seinen literarischen Ausdruck in der Wissenschaft der römischen und deutschen Rechtsgeschichte, des

gemeinen Rechts und des deutschen Privatrechts, und diese deutsche Wissenschaft, infolge der Kodifikation des österreichischen Privatrechts am Anfang des XIX. Jahrhunderts aus Österreich vertrieben, zog mit seiner Studienreform wieder siegreich in Österreich ein. Die Vorlesungen über die rechtsgeschichtlichen Fächer, über Pandekten und deutsches Privatrecht ersetzten Vorlesungen über die Rechtswissenschaft einfach deswegen, weil sie das alles enthielten, was in Deutschland an Rechtswissenschaft vorhanden war. Wollte man in Österreich dem jungen Juristen etwas besseres geben, als die kümmerliche Legistik und Exegetik, die bis dahin an österreichischen Universitäten geblüht hatte, wollte man ihm wirklich Wissenschaft des Rechts geben, so hatte man dafür nichts anderes als Rechtsgeschichte, Pandekten und deutsches Privatrecht.

Der Gedanke einer allgemeinen Rechtswissenschaft wurde bereits im vorigen Jahrhundert von Austin gefaßt — es findet sich, nebenbei gesagt, auch schon die ganze moderne Normentheorie bei ihm —, und er hat ihn auch in zwei Werken (The Province of Jurisprudenz Determined und Lectures on Jurisprudence), allerdings nur zu einem sehr kleinen Teile ausgeführt. Seine Anhänger, hauptsächlich Thomas Erskine Holland, der Amerikaner Amos, der Australier Salmond, versuchten tatsächlich die Gesamtdarstellung einer von einem bestimmten Rechte unabhängigen Rechtswissenschaft zu geben, der erste in seinen Elements of Jurisprudence, der letzte in: Science of Law. Bezeichnenderweise hatten sowohl Austin als auch Amos gefühlt, daß die romanistische Jurisprudenz einen viel besseren Ausgangspunkt für eine Rechtswissenschaft bietet als die englische, denn sie alle suchen sie von hier aus aufzubauen. Den Grundgedanken der Bestrebungen Austins faßt John Stuart Mill, besser als es Austin je getan, in einem Essay über diesen zusammen. Ich entnehme dieser Darstellung folgendes:

The details of different legal systems are different, but there is no reason why the main classifications and heads of arrangement should not be in a great measure the same. The facts of which law takes cognisance, though far from being identical in all civilised societies, are sufficiently analogous to enable them to be arranged in the same cadres. The more general of the terms employed for legal purposes might stand for the same ideas, and be expounded by the same definitions, in systems otherwise different. The same terminology, nomenclature, and principle of arrangement, which would render one system of law definite and (in Bentham's language) cognoscible, would serve, with additions and variations in minor details, to render the same office for another.

Das ist allerdings nicht die ganze soziologische Rechtswissenschaft. Austin und seine Nachfolger sind Formalisten: in allen ihren Schriften

befassen sie sich nicht mit lebensvollen Gebilden, sondern mit logischen Abstraktionen. Sie wollen nur eine Art von allgemeinem Teil geben im Sinne der deutschen Pandektisten. Auch interessieren sie sich nur für die Formen der Rechtsverhältnisse, nicht für deren Inhalt, nicht für die treibenden Kräfte der Rechtsentwicklung, auch nicht für ihre Gesetzmäßigkeit, für die Ursachen und Wirkungen. Aber es ist darin wenigstens ein Stück dessen enthalten, was die praktische Jurisprudenz der soziologischen Rechtswissenschaft wird abgeben können.

XXI.

Methoden der Soziologie des Rechts.

II. Die Erforschung des lebenden Rechts.

Wenn die herrschende Rechtswissenschaft von allen Rechtserscheinungen so sehr den Rechtssatz als Gegenstand der Forschung bevorzugt, so geschieht das in der stillschweigenden Voraussetzung, das ganze Recht liege in den Rechtssätzen beschlossen vor uns. Da die Rechtssätze, wie man weiter meint, in der Gegenwart ziemlich vollständig in den Gesetzen enthalten seien, die jedermann leicht zugänglich sind, so besteht die Aufgabe bei der Erkenntnis des Rechts der Gegenwart nur im Zusammenstellen des Materials aus den Gesetzen und Ermittlungen ihres Inhalts durch eigne Auslegung und Verwerten der Auslegung in der Literatur und Rechtsprechung. Zuweilen findet sich noch der Gedanke, daß Rechtssätze auch außerhalb des Gesetzes entstehen: man sucht sie in Deutschland meist der juristischen Literatur, in Frankreich der Rechtsprechung zu entnehmen. Dagegen ist das „Gewohnheitsrecht" in unserer Zeit nach der herrschenden Auffassung so unbedeutend, daß darauf verzichtet wird, es wissenschaftlich irgendwie festzustellen oder gar nach Methoden für dessen Erforschung zu suchen. Nur die Handelsrechtler wenden noch der Usance, dem Handelsbrauch, ihre Aufmerksamkeit zu. So ist es verständlich, daß die ganze Mühe des Rechtsforschers gegenwärtig auf die Feststellung der Rechtssätze der Vergangenheit gerichtet ist, die uns eben nicht so leicht zugänglich sind, wie die, die in modernen Gesetzen vorliegen. Den wissenschaftlichen Ertrag dieser für das Recht der Vergangenheit aufgewandten Arbeit erblickt man nicht nur darin, daß wir dadurch die Entwicklung des Rechts kennen lernen, worunter selbstverständlich wieder nur die Entwicklung der Rechtssätze zu verstehen ist, sondern auch darin, daß wir zum historischen Verständnis des Rechts der Gegenwart gelangen, denn dieses Recht, also nach der stillschweigenden Voraussetzung, die Rechtssätze der Gegenwart, wurzelt im Recht der Vergangenheit. Das sind wohl die Gedankengänge, auf denen die bisherige Methode der Erforschung des Rechts beruhte.

In noch viel höherem Maße als von den Rechtssätzen der Vergangenheit gilt es aber von den heute geltenden, daß sie nicht das ganze Recht enthalten. Denn die Männer, die die XII Tafeln, die lex Salica, den Sachsenspiegel verfaßt hatten, haben doch tatsächlich das Recht ihrer Zeit aus eigener Anschauung gekannt und waren bemüht, gerade dieses Recht, mit dem sie zu tun haben, zu sammeln und in Rechtssätze zu fassen. Das ist aber bei dem wichtigsten Teil des Rechtsstoffes, mit dem sich die heutigen Juristen beschäftigen, bei den Gesetzbüchern, auch nicht annähernd in diesem Maße der Fall. Denn im Gegensatze zu dem, was den Juristen einst unter allen Umständen wenigstens dunkel vorschwebte, hatten die Verfasser der modernen Gesetze sehr häufig gar nicht die Absicht, das Recht ihrer Zeit und ihrer Gemeinschaft wiederzugeben. Sie schöpfen ihren Rechtsstoff aus der Justinianischen Sammlung, die selbstverständlich über alles andere eher Auskunft gibt als über das Recht des XVIII. oder XIX. Jahrhunderts, aus denen sie selbst stammen; dann aus älteren Rechtsaufzeichnungen, die, selbst wenn sie zeitgerecht waren, nicht in die Zeit des Gesetzgebers hinaufreichten, aus der juristischen Literatur, die ganz überwiegend mit der Auslegung älterer Rechte und Gesetzbücher ausgefüllt war und jedenfalls auch nicht der Zeit des Gesetzes angehörte. Vielleicht am stärksten tritt das hervor beim Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, dessen Quellen fast ausschließlich Pandektenlehrbücher, ältere deutsche Gesetze und Rechtsaufzeichnungen und fremde Kodifikationen gewesen sind. So sind unsere Gesetzbücher regelmäßig auf eine viel frühere Zeit als ihre eigene eingestellt, und alle juristische Kunst der Welt vermöchte nicht, aus ihnen das wirkliche Recht ihrer Gegenwart herauszuschälen, eben weil sie es nicht enthalten. Aber das Geltungsgebiet unserer Gesetzbücher ist so unermeßlich weit, die Rechtsverhältnisse, mit denen sie zu tun hatten, so unvergleichlich reicher, mannigfaltiger, wechselvoller als sie es je gewesen sind, daß schon der bloße Gedanke, es in einem Gesetzbuch auszuschöpfen, eine Ungeheuerlichkeit wäre. Das ganze Recht einer Zeit oder eines Volkes in die Paragraphen eines Gesetzbuches sperren zu wollen, ist überhaupt ungefähr ebenso vernünftig, wie wenn man einen Strom in einen Teich fassen wollte: was davon hineinkommt, ist kein lebender Strom mehr, sondern totes Gewässer, und viel kommt überhaupt nicht hinein. Zieht man überdies noch in Betracht, daß jedes dieser Gesetze notwendigerweise vom lebenden Rechte schon in dem Augenblicke überholt war, wo es fertig war, und mit jedem Tage noch mehr überholt wird, dann muß man doch jedenfalls einsehen, welches unermeßliche und doch noch ganz jungfräuliche Arbeitsfeld sich hier dem modernen Rechtsforscher eröffnet.

Das alles kann auch wohl nicht anders sein. Die Rechtssätze haben gar nicht den Zweck, ein vollständiges Bild des Rechtszustandes zu geben. Die Rechtssätze verfaßt der Jurist mit Rücksicht auf das gerade vorhandene praktische Bedürfnis, mit Rücksicht darauf, was ihn aus praktischen Gründen interessiert. An Gegenstände, die außerhalb seiner Interessen liegen, vielleicht nur darum, weil sie nicht zur Zuständigkeit der Gerichte gehören, bei denen er tätig ist oder weil seine Klientel damit nichts zu tun hat, wird er nicht die Mühe wenden, Rechtssätze zu formeln. Weil es außerhalb des regelmäßigen Wirkungskreises der römischen Juristen lag, finden wir in den römischen Quellen nur ein höchst armseliges Handelsrecht, und aus diesem Grunde sagen uns die Römer und bis vor kurzem auch die Modernen kaum etwas über das Arbeiterrecht. Selbst ein Eyke von Repgow hat das Stadt- und Hofrecht nicht verarbeitet, weil es seiner Tätigkeit als Schöffe fernlag.

Andererseits ist das Bestreben, durch die Geschichte oder Vorgeschichte (Ethnologie) zum Verständnis der Gegenwart zu gelangen, grundsätzlich verfehlt. Etwas erklären heißt, nach einem Worte Machs, eine ungewohnte Unbegreiflichkeit durch eine gewohnte Unbegreiflichkeit ersetzen. Die Gegenwart enthält aber jedenfalls weniger ungewohnte Unbegreiflichkeiten als die Vergangenheit. Der Paläontologe wird die Natur und die Funktionen der Organe eines fossilen Tieres erst verstehen, wenn er die Natur und die Funktionen der Organe lebender Tiere versteht; der Zoologe aber wird vom Paläontologen nicht die Physiologie der Tiere lernen, die er zu erforschen hat, er wird die Paläontologie nur benutzen, um ein Bild der Entwicklung der heutigen Tierwelt zu erhalten. Wir gelangen zum Verständnis der Vergangenheit durch die Gegenwart, nicht umgekehrt. So wird auch die Rechtsgeschichte und die ethnologische Rechtswissenschaft immer nur für die Lehre von der Rechtsentwicklung, nicht für die Erkenntnis des bestehenden Rechts verwertbar sein.

Infolge dieser methodologischen Richtung der ganzen heutigen Rechtswissenschaft ist uns in der Tat unser heutiger Rechtszustand zum großen Teile unbekannt. Nicht nur von fernliegenden, auch von Dingen, die sich täglich vor unsern Augen zutragen, wissen wir häufig nichts. Fast jeder Tag bringt uns irgendeine juristische Überraschung, die wir einem gütigen Zufall, einem sonderbaren Rechtsstreit oder einem Aufsatz in den Tagesblättern verdanken: bald sind es die Schwarzenbergschen Zinsbauern, bald rätselhafte Erbbaurechte mitten in Wien, in der Brigittenau, bald eigenartige Erbpachtverhältnisse in Berhomet in der Bukowina. Wer aber den Gang des Lebens aufmerksamen Blickes verfolgt, der weiß, es handelt sich hier nicht etwa um Einzelfälle. Wir tappen überall im Dunkeln. Wir haben aber nicht

die Entschuldigung, die der Rechtshistoriker hat, daß eben ein Stück der Vergangenheit unwiederbringlich versunken ist. Wir brauchen ja nur die Augen und Ohren zu öffnen, um alles zu erfahren, was für das Recht unserer Zeit von Bedeutung ist.

Da gibt es in dem Hauptstücke des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuchs, das von den Ehepakten handelt, vier magere Paragraphen, die sich laut Marginalrubrik mit der Gütergemeinschaft befassen. Wer immer Gelegenheit hatte, mit der deutsch-österreichischen Bauernschaft in Berührung zu kommen, weiß, daß sie fast ausschließlich in ehelicher Gütergemeinschaft lebt. Aber diese eheliche Gütergemeinschaft, die der herrschende gewillkürte Güterstand der deutsch-österreichischen Bauernschaft ist, hat mit der, von der das österreichische bürgerliche Gesetzbuch handelt, nichts zu tun, und die Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuchs kommen daher nie zur Anwendung, da sie stets durch einen in aller Form vereinbarten Ehevertrag ausgeschlossen werden. Welchen Wert hätte nun eine Rechtswissenschaft, die es verkennen würde, daß die Gütergemeinschaft, von der im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch die Rede ist, nur ein papierenes Dasein friste; welchen Wert hätte eine Rechtswissenschaft, die ihre Aufgabe darin beschlossen erachtete, die „Absicht des Gesetzgebers“ auszudeuten, die in den besagten vier Paragraphen Ausdruck gefunden hat; die sich nicht mit der auf Grund leicht zugänglicher Urkunden bekannten Gütergemeinschaft befaßte, nach der fast die ganze deutsch-österreichische Bauernschaft lebt[1]?

Oder etwa der landwirtschaftliche Pachtvertrag. Die wenigen Bestimmungen, die moderne Gesetzbücher, insbesondere das deutsche und das österreichische bürgerliche Gesetzbuch, darüber enthalten, sind größtenteils dem römischen Recht entnommen, stammen aus dem ausgesogenen Boden Italiens der römischen Kaiserzeit, mit seiner durchaus extensiven Latifundienwirtschaft und einem gedrückten Pächterstande. Sie wären heute vollkommen ungenügend. Ein Blick ins Leben lehrt, daß sie kaum je in Anwendung kommen: sie sind fast durchweg außer Kraft gesetzt und ersetzt durch die Bestimmungen der Pachtverträge, wie sie, entsprechend der Entwicklungsstufe unserer Landwirtschaft, den modernen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen, zwischen Verpächter und Pächter ausnahmslos abgeschlossen werden. Je nach der Gegend, nach der Art des verpachteten Gutes, nach der Stellung der Parteien verschieden, haben

---

[1] Diese Ausführung ist wörtlich meinem Aufsatz im XXXV. Bande von Schmollers Jahrbuch entnommen. Seit sie dort veröffentlicht worden, ist in der Festschrift zur Jahrhundertfeier des (österr.) A.B.G.B. ein vortrefflicher Aufsatz des Notars Reich erschienen über das eheliche Güterrecht in den deutschen Teilen von Steiermark, Kärnten und Krain.

sie doch in dieser Beschränkung einen typischen, immer wiederkehrenden Inhalt. Es ist daher wohl klar, daß eine noch so sorgfältige Darstellung des Pachtrechts der bürgerlichen Gesetzbücher ein Bild des in Deutschland oder Österreich tatsächlich geübten Pachtrechts nicht geben würde; es müßte der typische Inhalt der Pachtverträge dargelegt, zu diesem Zwecke die Archive der Notariats- und Advokaturkanzleien durchsucht, es müßten auch an Ort und Stelle Erhebungen gepflogen werden.

Oder weiß die juristische Literatur etwas von der Agrarverfassung Deutschlands oder Österreichs? Nicht einmal die Arten der Bodenausnützung sind bisher juristisch formuliert worden; und das ist doch nur ein kleiner Teil der Aufgabe, die zu bewältigen wäre. Jede landwirtschaftliche Bodenausnützung bringt noch ganz andere Verhältnisse mit sich, die für den Juristen von größter Bedeutung sind. Vor allem die nachbarlichen Beziehungen der Wirtschafts- und Gutsbesitzer; sie sind geregelt teils durch Herkommen, teils durch Verträge, teils durch das Gesetz: aber die ganze juristische Literatur weiß höchstens vom Gesetz etwas zu sagen. Dann setzt die Landwirtschaft, wenigstens soweit sie über den Zwergbetrieb hinausgeht, auch eine gewisse Organisation der Arbeit voraus, die sich beim Großgrundbesitz zu einem kunstvoll ineinandergreifenden, ungemein zusammengesetzten Mechanismus steigert. Da ist jedem, der dazu gehört, teils durch Herkommen, teils durch Vertrag oder Gesetz (Gesindeordnungen) das Maß seiner Vollmachten, Aufsichtsrechte, Befugnisse, Pflichten zugewiesen, ohne deren Kenntnis man dieses schwierige Räderwerk nicht nur volkswirtschaftlich oder technisch, sondern auch juristisch weder verstehen noch fassen kann. Alle diese Rechtsverhältnisse wiederholen sich trotz vieler Verschiedenheiten im einzelnen bei gleichartigen Betrieben das ganze Land, oft auch das ganze Reich hindurch in ihrer typischen Form, sind daher gar nicht schwer zu durchforschen und darzustellen.

Oder etwa das Familienrecht. Was dem Beobachter hier zunächst auffällt, das ist der Widerspruch zwischen der tatsächlichen Familienordnung und der, die die Gesetzbücher fordern. Es dürfte in Europa kaum ein Land geben, wo das Verhältnis zwischen Mann und Frau, zwischen Eltern und Kindern, zwischen Familie und der Außenwelt, wie es sich im Leben tatsächlich gestaltet, den Normen des gesetzten Rechts entspräche, wo die Familiengenossen bei einem nur einigermaßen entsprechenden Familienleben es auch nur versuchten, die Rechte, die ihnen nach dem Buchstaben des Gesetzes zustehen, gegeneinander durchzusetzen. Es ist daher klar, daß das gesetzte Recht auch hier nicht im mindesten ein Bild dessen gibt, was im Leben vorgeht. Um so weniger darf sich aber die Wissenschaft und Lehre darauf beschränken, das, was im Gesetze steht, zu erläutern, sie müßte

diesen tatsächlichen Gestaltungen nachgehen, die wieder in jeder gesellschaftlichen Klasse und jeder Gegend verschieden, aber im wesentlichen gleichförmig und typisch sind. Ob das Gesetz die Herrschaft über das Leben verloren oder vielleicht nie besessen hat, ob das Leben seine Entwicklung über das Gesetz hinweg genommen oder auch dem Gesetze nie entsprochen hat, mag dahingestellt bleiben. Auch hier erfüllt die Wissenschaft als Lehre vom Rechte ihre Aufgabe sehr schlecht, wenn sie bloß darstellt, was das Gesetz vorschreibt, und nicht auch, was wirklich geschieht.

Besser als all das ist das bäuerliche Erbrecht in Deutschland (Sering) und in den deutsch-österreichischen Ländern durchforscht und auch juristisch gewürdigt. Für die andern Stände dagegen ist die ganze Arbeit noch zu machen, ebenso für die nichtdeutschen Völker und Länder der österreichischen Monarchie. Die Literatur begnügt sich damit, die fast schrankenlose Testamentsfreiheit des bürgerlichen Rechts darzustellen; sollte sie nicht auch fragen, welcher Gebrauch davon in den einzelnen Ländern und in den einzelnen Ständen gemacht wird?

Das einzige Rechtsgebiet, dessen Wissenschaft nicht bloß gelegentlich, sondern durchweg von dem tatsächlich Geübten ausgeht, ist das Handelsrecht. Hier ist es sogar als Handelsgewohnheit und „Usance“ in die Wissenschaft offiziell aufgenommen worden. Die Organisation des großen Landgutes und der Fabrik, ja sogar der Bank ist heute noch dem Juristen ein Buch mit sieben Siegeln, aber die Organisation des Handelshauses kennt er mindestens in den Grundzügen schon aus dem Handelsgesetzbuche: er kennt die Stellung des Prinzipals und des Prokuristen, des Handlungsbevollmächtigten und des Handlungsgehilfen, des Agenten, des Handelsreisenden, er kennt die Bedeutung der Handelsfirma, der Handelsbücher und der Handelskorrespondenz; das alles ist nicht nur nach der wirtschaftlichen, sondern auch nach der juristischen Seite gewürdigt. Und das Vertragsrecht des modernen Handelsrechts ist nicht dem corpus iuris entnommen oder ein Werk emsigen Nachdenkens der Verfasser: was die Handelsgesetze und Handelsrechtsbücher über Kauf, Kommission, Spedition, das Versicherungs-, Fracht-, Bankgeschäft sagen, wird meistens wirklich irgendwo geübt, wenn auch vielleicht nicht immer in demselben Umfange, wie sie es feststellen. Ebenso sind zahlreiche Einrichtungen des Handels, zumal die Börse, von den Juristen bereits gehörig durchfurcht und durchackert. Daß fast auf allen Ecken und Enden schwere Arbeit zu leisten ist, hängt hier weniger als anderwärts mit dem mangelnden Sinn und mangelnden Verständnis für die Wirklichkeiten der Dinge, als mit der Schwierigkeit des Gegenstandes und der ungeheuer raschen Entwicklung zusammen. Die großartige

Organisation der Gütererzeugung, die sich fast vor unsern Augen in den Trusts und Kartellen vollzieht, alle die modernen Verkehrserrungenschaften, die zahlreichen neuen Erfindungen, führen jeden Augenblick zu neuen Gestaltungen, die auch dem Juristen frisches Arbeitsgebiet eröffnen.

Das ist also das lebende Recht im Gegensatze zu dem bloß vor Gericht und den Behörden geltenden. Das lebende Recht ist das nicht in Rechtssätzen festgelegte Recht, das aber doch das Leben beherrscht. Die Quellen seiner Erkenntnis sind vor allem die moderne Urkunde, aber auch die unmittelbare Beobachtung des Lebens, des Handels und Wandels, der Gewohnheiten und Gebräuche, dann aber aller Verbände sowohl der rechtlich anerkannten als auch der von dem Rechte übersehenen und übergangenen, ja sogar der rechtlich mißbilligten.

Die wichtigste Quelle für die Erkenntnis des lebenden Rechts ist in unserer Zeit zweifellos die moderne Rechtsurkunde. Unter den Urkunden wird allerdings schon heute eine in größerem Umfange herangezogen: das gerichtliche Urteil. Das geschieht jedoch kaum je in dem Sinne, wie es hier gemeint ist: es wird nicht behandelt als Zeugnis des lebenden Rechts, sondern als Stück der juristischen Literatur, das nicht auf die Wahrheit der darin geschilderten Rechtsverhältnisse und das daraus gezogene lebende Recht, sondern auf die Richtigkeit der darin enthaltenen Auslegung der Gesetze und der juristischen Konstruktionen geprüft wird. Schon die Auffassung der französischen Arrêtisten ist erheblich tiefer, der Juristen, die es für ihre Aufgabe halten, zu den in den großen Sammlungen von Dalloz, Sirey und im Journal du Palais veröffentlichten Entscheidungen die erläuternden Anmerkungen zu schreiben. Für sie ist das gerichtliche Urteil ein Ausdruck des Rechts, nicht wie es der Gesetzgeber sich vorgestellt hat, sondern wie es sich im Bewußtsein der französischen Richter in den hundert Jahren der Geltung der französischen Gesetzbücher entwickelt hat. Sie finden darin, um mit den Worten Meynials zu sprechen, der im Jahrhundertwerk des Code civil diese Richtung geistvoll geschildert hat: la notion du changement du droit, grâce aux inflexions que la jurisprudence fait subir à la loi; celle du consentement général tacite qui fait de la jurisprudence non seulement la servante mais l'émule et comme le suppléante de la loi.

Unter der Herrschaft derselben Auffassung stand auch ich, als ich vor etwa einem Vierteljahrhundert mein Werk über die stillschweigende Willenserklärung zu arbeiten begann. Ich wollte, nachdem ich mehr als 600 Bände Spruchsammlungen deutscher, österreichischer und französischer Gerichte durchstudiert hatte, ein Bild dessen geben, was die Rechtsprechung aus der stillschweigenden

Willenserklärung gemacht habe. Bald aber fesselte mich viel mehr als die gerichtliche Entscheidung der tatsächliche Vorgang, der ihr zugrunde lag. Und so enthält mein Buch, wenigstens zum großen Teile, eine Schilderung der Tatbestände, die zur gerichtlichen Entscheidung führten, wie sie sich im Leben abgespielt haben, und der Bedeutung der stillschweigenden Willenserklärung im Rechtsleben. Die soziologische Methode der Rechtswissenschaft, die ich später theoretisch zu begründen suchte, habe ich in dieser Schrift tatsächlich schon, wenn auch unbewußt, befolgt.

Nachträglich erkannte ich aber, daß diese Methode doch nicht ganz zum Ziele führt. Auch die Entscheidungen geben kein tadelloses Bild des Rechtslebens. Nur ein winziger Ausschnitt der Wirklichkeit kommt vor die Behörden, vieles ist grundsätzlich oder tatsächlich vom Rechtswege ausgeschlossen. Und dabei weist das im Streit begriffene Rechtsverhältnis ganz andere, verzerrte Züge auf, die dem ruhenden meist vollständig fremd sind. Wer wollte unser Familien- oder Vereinsleben nach den Familien- oder Vereinsstreitigkeiten beurteilen? Die soziologische Methode fordert also unbedingt, daß die Ergebnisse, die den behördlichen Urteilssprüchen abgewonnen worden sind, ergänzt werden durch unmittelbare Beobachtung des Lebens.

Und gerade dafür bietet die moderne Geschäftsurkunde eine Grundlage, die mindestens ebenso fruchtbar werden könnte wie die der vergangenen Jahrtausende und Jahrhunderte. Ein Blick in das moderne Rechtsleben zeigt es ganz überwiegend nicht vom Gesetz, sondern von der Geschäftsurkunde beherrscht. Das nachgiebige Recht wird vom Urkundeninhalt verdrängt. In den Ehepakten, Kauf-, Pacht-, Baukredit-, Hypothekardarlehnsverträgen, in den Testamenten, Erbverträgen, Satzungen der Vereine und Handelsgesellschaften, nicht in den Paragraphen der Gesetzbücher muß das lebende Recht gesucht werden. Alle diese Verträge haben neben dem individuellen, bloß dem einzelnen Geschäft geltenden, ihren typischen, immer wiederkehrenden Inhalt. Dieser typische Inhalt der Urkunde ist das grundsätzlich Wichtigste an ihr: wären unsere schriftstellernden Juristen gut beraten, sie würden sich in erster Linie damit ebenso befassen wie die Römer, die in ihren Ediktskommentaren und libris iuris civilis lange Abhandlungen über die immer wiederkehrende duplae stipulatio und die institutio ex re certa schrieben. Wir hätten dann wohl über den Bierversilberer der Bierbrauereien oder den Rübenrayonnierungsvertrag der Zuckerfabriken oder über den Verkauf der ärztlichen Praxis mehr Monographien als über den Begriff der juristischen Person oder die Konstruktion des Pfandrechts an eigener Sache. Die moderne Urkunde für die Rechtswissenschaft und Jurisprudenz zu

verwerten ist dem Juristen freilich eine ganz neue Aufgabe. Aber dem Historiker, insbesondere dem Rechtshistoriker, ist die Urkundenforschung wohlvertraut, und sie könnte wohl dem juristischen Theoretiker als auch dem Praktiker wenigstens für den Anfang manches bieten. Die historische Urkundenlehre hat eine Technik ausgebildet, die zu den heikelsten und schwierigsten in der Wissenschaft gehört, und ein mit Arbeit erfülltes Leben reicht kaum hin, um aller ihrer Feinheiten Herr zu werden. Es liegen aber bei der modernen Urkunde zum Teil ganz andere Aufgaben vor als bei der historischen, und sie sind keineswegs geringer.

Wir müssen vor allem bestrebt sein, die Urkunde als Stück des lebenden Rechts zu behandeln, aus ihrem Inhalte lebendes Recht so zu gewinnen, wie es die Römer in ihrem Vertragsrecht und Testamentsrecht getan haben. Die Digestentitel: de contrahenda emptione, de actionibus emti venditi, de evictionibus et duplae stipulatione, pro socio, de stipulatione servorum und die das Testaments- und Vermächtnisrecht behandelnden können uns noch überall als Muster dienen. Es wäre eine Sache von größter Wichtigkeit, daß sich die heutige Rechtswissenschaft und Jurisprudenz endlich einmal nicht mit römischen, sondern mit den heutigen Verträgen und Urkunden befasse. Die moderne Rechtswissenschaft hätte also zunächst die Urkunden auf ihren allgemeinwichtigen, typischen, immer wiederkehrenden Inhalt zu prüfen, ihn juristisch zu behandeln, sozial-, wirtschafts- und gesetzgebungspolitisch allseitig zu würdigen.

In dieser Weise könnten wir schließlich auch ein Bild dessen erhalten, was bei uns auf dem Gebiete der Urkunde vorgeht. Obwohl im allgemeinen zum Teil übereinstimmend, sind doch die Urkunden im einzelnen sehr verschieden, nach Gegenden, Klassen, Ständen, Volksstämmen, Glaubensbekenntnissen. Hier heißt es wohl mit den Mitteln der Urkundenforschung die Aufgaben einer Rechtsstatistik zu erfüllen. Ohne neue Methoden wird das wohl nicht abgehen, und es wird gewiß nicht leicht sein, solche auszubilden. Aber welch schöne Erfolge winken hier dem Juristen, zumal wenn es ihm gelingt, die historischen, wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Voraussetzungen dieser Verschiedenheiten bloßzulegen.

Und doch wird die Urkunde sehr überschätzt, wenn man aus ihr ganz ohne weiteres lebendes Recht herauszulesen glaubt. Es ist gar nicht so ausgemacht, daß die Urkunde ihrem ganzen Inhalte nach Trägerin und Zeugnis lebenden Rechts ist. Lebendes Recht ist vom Urkundeninhalte nicht das, was etwa die Gerichte bei der Entscheidung eines Rechtsstreites als verbindlich anerkennen, sondern nur das, woran sich die Parteien im Leben halten. Diese Wirkungen der beurkundeten Geschäfte sind aus deren erzwingbaren Rechtsfolgen

nicht ohne weiteres zu erkennen. Vermöchte jemand aus den Satzungen der Vereine oder Aktiengesellschaften zu entnehmen, daß die auf dem Papiere so allmächtigen Mitgliederversammlungen sich meistens als ganz bedeutungslose Jasagergesellschaften entpuppen? Aber der rechtswirksame Inhalt der Urkunde gibt nicht nur über die von den Parteien nicht beabsichtigten, sondern auch über die beabsichtigten Wirkungen keine zuverlässige Auskunft. Vieles in der Urkunde ist einfach herkömmlich: der Verfasser schreibt es von seiner Vorlage ab, den Parteien kommt es gar nicht zum Bewußtsein. Sie werden daher das, was darin steht, weder fordern noch gewähren, und sind höchst überrascht, davon zu erfahren, sobald die Urkunde aus Anlaß eines Rechtsstreites einem Juristen in die Hände kommt, der es dann vor Gericht geltend macht. Andere Bestimmungen lassen die Parteien bloß zu dem Zwecke in die Urkunde hineinnehmen, um für den äußersten Fall gewappnet zu sein: es ist selbstverständlich, daß davon solange keine Rede sein soll, als die Geschäfte sich glatt abwickeln. Der andere Teil versteht das sehr gut: er nimmt die größten Härten eines Vertrages dieser Art gleichmütig hin, während er an allem hartnäckig feilscht, was ernst gemeint ist. Liest man einen Pachtvertrag der preußischen Domänenverwaltung oder des Bukowiner griechisch-orientalischen Religionsfondes, so staunt man, wie der Pächter sich inmitten dieses engen Stachelzaunes von Paragraphen überhaupt bewegen kann. Trotzdem steht der Pächter sehr gut dabei: von all diesen Vertragsstrafen, Terminsklauseln, kurzfristigen Kündigungen, Kautionsverwirkungen, Schadenersätzen wird nie Gebrauch gemacht, solange nur mit dem Pächter irgendwie auszukommen ist. Wer im praktischen Leben steht, der will vor allem mit den Leuten in Frieden Geschäfte machen; es liegt ihm gar nichts daran, Prozesse zu führen, selbst wenn er sie gewinnen müßte.

Die soziologische Rechtsbetrachtung wird daher nicht bloß die Rechtssätze, sondern auch die Urkunde am Leben zu messen haben, sie wird auch hier zwischen geltendem und lebendem Rechte unterscheiden. Geltendes Recht (Entscheidungsnorm) ist wohl der ganze gültige Inhalt der Urkunde, denn im Prozesse wird es darauf ankommen; aber lebendes Recht ist er doch nur so weit, als sich die Parteien daran regelmäßig halten, auch wenn sie es nicht auf einen Prozeß ankommen lassen wollen. Übersieht man diese wesentliche Verschiedenartigkeit der Bestandteile der Vertragsurkunde, so gibt auch sie vom Leben ein notwendigerweise schiefes und verzerrtes Bild. Aber auch für Rechtspflege und Gesetzgebung ist der Gegensatz selbstverständlich von größter Wichtigkeit. Es ist gewiß fraglich, ob sie sich unbedingt dazu hergeben sollen, das ernst zu nehmen, was gar nicht bestimmt war, ernst genommen zu werden.

Die Urkunde zeigt selbstverständlich vom lebenden Recht nur das, was beurkundet wird. Wie soll man das nicht beurkundete lebende Recht erheben, das doch groß und wichtig genug ist? Da gibt es wohl kein anderes Mittel, als die Augen auftun, sich durch eine aufmerksame Betrachtung des Lebens unterrichten, die Leute ausfragen und ihre Aussagen aufzeichnen. Es ist allerdings eine harte Zumutung an den Juristen, wenn man von ihm verlangt, er möge es versuchen, auch aus eigener Wahrnehmung zu lernen, nicht aus Paragraphen und Aktenfaszikeln; aber das ist eben unvermeidlich, und hier ist noch wunderbare Beute zu holen.

Aus einer Unzahl dessen, was in dieser Weise erforscht zu werden verdient, soll nur einiges wenige herausgehoben werden. Vor allem das überlebende alte Recht. Das alte Recht, das Volksrecht und nicht bloß Juristenrecht ist, lebt unter einer dünnen Oberfläche des modernen Gesetzesrechts weiter fort, es beherrscht die Handlungen und das Rechtsbewußtsein des Volkes. Der Rechtshistoriker kann hier nicht bloß vieles finden, wovon seine Quellen schweigen, sondern sich auch lebendige Anschauung von so manchem verschaffen, wovon man gemeiniglich annimmt, es gehörte einer längst verflossenen Zeit an. Von der Urkunde soll dabei abgesehen werden; wie oft diese in einer notdürftigen Ausgleichung des Althergebrachten mit den Forderungen des neuen Rechts besteht, ist ja bekannt: so im bäuerlichen Erbrecht, im ehelichen Güterrecht. Aber es ist notwendig, weit mehr als es bisher der Fall war, die Aufmerksamkeit auf all das zu sammeln, was unbeurkundet noch vom alten Rechte im Volke lebt, zumal es schwerlich lange mehr dem Anprall des modernen Verkehrs Widerstand wird leisten können. Bogišič ist es gelungen, selbst im Geltungsgebiete des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuchs noch die uralte Sadruga zu entdecken, eine der ursprünglichsten Organisationen der Menschheit; in einem anderen Winkel Österreichs, in Ostgalizien, fand Dniestrzánski („Das Gewohnheitsrecht und die sozialen Verbände“, Czernowitz 1905) eine den ganzen ruthenischen Volksstamm der Bojken umfassende Handelsgesellschaft in einer merkwürdigen, den österreichischen Gesetzen selbstverständlich ganz fremden Form. Ich selbst konnte noch feststellen, daß unter den Ruthenen Ostgaliziens und der Bukowina vor nur etwa einem halben Jahrhundert die bäuerlichen Familiengenossenschaften vereinzelt bestanden, heute sind sie bereits wohl ganz verschwunden. Daß es auch bei den Deutschen Österreichs an überlebenden Resten nicht fehlt, hat Mauczka jüngst nachgewiesen („Altes Recht im Volksbewußtsein“, Wien 1907 [auch Gerichtszeitung Nr. 10 und 11, 1007]). Von mir veranlaßt, hat auch ein Wiener Schriftsteller, Dr. Kobler, einiges für mein Seminar für lebendes Recht aufgezeichnet.

Wichtiger als solche absterbende Reste sind wohl für den Juristen die lebensfähigen Keime eines neuen Rechts. Und da stehen wir vor einer sehr sonderbaren Tatsache. Als bleibende Errungenschaft der historischen Schule wird allgemein die Erkenntnis betrachtet, daß sich das Recht in einer ewigen Entwicklung befindet, und man sollte immerhin meinen, daß das nicht nur für längst vergangene Zeiten, sondern auch für das letzte Jahrhundert gilt. Aber Wissenschaft und Lehre machen einen sehr eigentümlichen Gebrauch von dieser Schulweisheit. Soweit es sich um die alten Römer oder die Deutschen bis etwa ins XIV. oder XV. Jahrhundert handelt, hat man allerdings ein offenes Auge für die Entwicklung der Rechtseinrichtungen: der Familie, der persönlichen Unterwerfungsverhältnisse, des Grundeigentums, des Vertrags. Von den Gesetzen, die in dieser Zeit keine große Rolle spielen, ist dabei kaum die Rede. Für die spätere Zeit jedoch versagt diese Art der Rechtsgeschichte fast ganz; und für die letzten hundert Jahre löst sich die rechtsgeschichtliche Wissenschaft und Lehre vollständig in eine Geschichte der Gesetzgebung auf. Man scheint anzunehmen, Rechtseinrichtungen entwickeln sich in dieser Zeit nur dadurch, daß sich die Paragraphen der Gesetzbücher ändern. Was soll das heißen? Hat die Entwicklung der Rechtseinrichtungen außerhalb der Gesetze mit dem XIX. Jahrhundert aufgehört? Aber heute noch, ebenso wie im Altertum und im Mittelalter, beruht die Rechtsgeschichte nicht so sehr auf einem Entstehen und Vergehen von formulierten, in Worte gefaßten Rechtssätzen, sondern darin, daß neue Rechtseinrichtungen entstehen und bereits vorhandene allmählich einen neuen Inhalt annehmen. Kein Rechtshistoriker wird es zugeben, daß die grundlegenden Rechtsverhältnisse Deutschlands etwa im XIV. Jahrhundert dasselbe Gesicht zeigen wie im XV. Jahrhundert, oder daß die zum Teil sehr durchgreifenden Änderungen nur infolge der selten und schwach eingreifenden Gesetzgebung eingetreten wären: soll das nicht auch vom XIX. Jahrhundert gelten, einer Zeit, gesellschaftlich, wirtschaftlich und politisch so bewegt, wie sie die Menschheit bis dahin wohl noch nicht erlebt hat? Es kommt eben darauf an, was man unter Entwicklung versteht. Das Familienrecht hat sich entwickelt, das bedeutet heute dasselbe wie im Mittelalter: die Beziehungen von Mann und Frau, der Eltern zu den Kindern haben jetzt ein anderes Gepräge; das Bodeneigentum hat sich — auch abgesehen von der durch Gesetze und die Verwaltung vorgenommenen Grundentlastung — entwickelt, das soll heißen: es besteht eine andere Bodenverfassung, weil andere Arten von dinglichen und obligatorischen Rechten mit Bezug auf den Boden begründet werden, aber auch, weil die Wirtschaftsverfassung des Bauern und des Großgrundbesitzers eine andere geworden ist; das Vertragsrecht hat sich entwickelt: das be-

ruht darauf, daß neue Vertragsarten entstanden sind und auch Verträge der hergebrachten Art mit einem anderen Inhalte abgeschlossen werden; das Erbrecht hat sich entwickelt: das besagt vor allem, daß Erbteilungen, Testamente und sonstige Vergabungen auf den Todesfall jetzt anders lauten als vor hundert Jahren. Gegenüber allen diesen Umwälzungen verschwindet fast das, was inzwischen die Gesetzgebung geleistet hat.

Die Erforschung des lebenden Rechts ist es also, womit die Soziologie des Rechts beginnen muß. Sie wird zunächst nur auf das Konkrete, nicht auf das Allgemeine gerichtet sein. Beobachten läßt sich überhaupt nur das Konkrete. Auch der Anatom legt nicht das Gewebe des Menschen unter das Mikroskop, sondern ein bestimmtes Gewebe eines bestimmten Menschen; auch der Physiologe untersucht nicht die Funktionen der Leber der Säugetiere, sondern die einer bestimmten Leber eines bestimmten Säugetieres: erst wenn er mit der konkreten Beobachtung fertig ist, fragt er, ob sie allgemein gültig ist, und sucht das wieder durch eine Reihe konkreter Beobachtungen festzustellen, für die er besondere Methoden finden muß. Dasselbe gilt für den Rechtsforscher. Er wird sich zunächst mit konkreten Übungen, Herrschafts- und Rechtsverhältnissen, Verträgen, Satzungen, letztwilligen Anordnungen befassen müssen und sohin sie auf die Allgemeingültigkeit untersuchen. Es ist daher nicht wahr, daß es sich bei der Erforschung des lebenden Rechts bloß um „Gewohnheitsrecht“ oder „Verkehrssitte“ handelt. Selbst wenn man sich bei diesen Worten überhaupt etwas denkt, was keineswegs immer der Fall ist, handelt es sich dabei nicht um Konkretes, sondern bereits um Verallgemeinerungen. Aber nur die konkreten Übungen, Herrschafts- und Rechtsverhältnisse, Verträge, Satzungen, letztwilligen Anordnungen ergeben die Regeln des Handelns, nach denen die Menschen sich richten. Und erst auf Grund dieser Regeln entstehen die Entscheidungsnormen der Gerichte und die gesetzlichen Bestimmungen, die bisher allein die Aufmerksamkeit der Juristen gefesselt haben. Die große Mehrzahl der gerichtlichen Entscheidungen beruht auf den von den Gerichten festgestellten konkreten Übungen, Besitzverhältnissen, auf Verträgen, Satzungen, letztwilligen Verfügungen. Wenn wir die Verallgemeinerungen, Vereinheitlichungen und sonstigen Normenfindungen des Richters und des Gesetzgebers begreifen wollen, dann müssen wir vor allem die Grundlage kennen, auf der sie erfolgte. Je mehr wir vom römischen Bankverkehr wissen, um so mehr wird uns das receptum und das litteris contrahere klar werden: sollte für das Recht unserer Zeit nicht dasselbe gelten? Insoweit hatte Savigny recht, wenn er meinte, daß das Recht — und das Recht war auch ihm ganz überwiegend der Rechtssatz — nur aus dem historischen Zusammenhange zu er-

klären sei; aber der historische Zusammenhang liegt nicht in einer grauen Vergangenheit, sondern in der Gegenwart, aus der der Rechtssatz herauswächst.

Aber die wissenschaftliche Bedeutung des lebenden Rechts beginnt nicht erst da, wo es für die Entscheidungsnormen der Gerichte oder für den Inhalt der Gesetze bestimmend wird. Es hat seinen eigenen Erkenntniswert, und dieser liegt darin, daß es die Grundlage der rechtlichen Ordnung der menschlichen Gesellschaft ist. Um diese kennen zu lernen, müssen wir die Übungen, Herrschafts- und Rechtsverhältnisse, Verträge, Satzungen, letzwilligen Erklärungen feststellen, ganz unabhängig davon, ob sie in einer Entscheidung oder in einem Gesetze bereits Ausdruck gefunden haben oder je darin Eingang finden würden. Selbst das, was das neue deutsche Handelsgesetzbuch mit den Gesetzen über Börsen, Banken, Verlag, Binnenschiffahrt und sonstigen Nachträgen enthält, war schon bei deren Entstehen lückenhaft und ist heute zum großen Teil längst veraltet. Der moderne Handel, so vor allem der Ausfuhrhandel, hat seither schon wieder eine Unzahl neuer Formen geschaffen, die ebenso Gegenstand der Rechtswissenschaft sein sollten wie die im Gesetze genannten. Man findet darüber viel Wertvolles in der so sehr erblühenden handelswissenschaftlichen Literatur. Ein Stück der Ordnung im Bergrecht und in der Schiffahrt ist der Rechtswissenschaft durch das Bergrecht, das Seerecht und das Recht der Binnenschiffahrt zugänglich geworden, auch dieses allerdings zum großen Teil längst überholt. Die Fabrik, die Bank, die Eisenbahn, der Großgrundbesitz, die Arbeitervereine, die Unternehmerverbände und tausende andere Lebensformen haben ebenfalls eine Ordnung, und diese Ordnung hat ebenso ihre rechtliche Seite wie die des Handelshauses, die das Handelsgesetzbuch allein eingehender regelt. Dazu kommen auch die zahllosen Formen, in denen sich diese Verbände nach außen betätigen, vor allem die Verträge. Bei der Fabrik etwa wird der Rechtsforscher den zahllosen, vielfach verschlungenen Wegen nachgehen müssen, die von der Übernahme der Bestellung bis zur Übergabe der fertigen Erzeugnisse an die Kunden führen: die Stellung des Vertreters und des Reisenden, die drei Bureaus in jedem Fabriksbetriebe, das kaufmännische, technische und das Betriebsbureau, der Einlauf der Bestellungen, die Anfertigung und Aufbewahrung der Zeichnungen, die Berechnung der eigenen Kosten des Unternehmens, des Verkaufspreises, der Nachkalkulation, nachdem der Gegenstand erzeugt ist, die Ausführung der Bestellung auf Grund der Zeichnung, die Aufgaben des Betriebsbureaus, des Meisters und des Kolonnenführers und des Arbeiters, die Manipulation in der Magazinverwaltung, die Lohnberechnung bei Stücklohn und bei Zeitlohn, die Lohnaufteilung unter die einzelnen Arbeiter, die Bedeutung des Materialausgabescheins,

der Stückliste, die Portierkontrolle. Nicht minder gehört zur rechtlichen Seite der Ordnung im Fabriksunternehmen die Führung der Bücher, Inventuraufnahme, Magazinskontrolle, die Aufbewahrung der Zeichnungen und Modelle, Aufnahme der Arbeiter und Lehrlinge, Arbeitsordnungen, Arbeiterausschüsse.

Allerdings haben sich mit ähnlichen Forschungen, wie sie hier gefordert werden, Volkswirte schon öfters befaßt. Dadurch ist aber die Arbeit der Juristen keineswegs überflüssig geworden. Jurist und Volkswirt haben es überall mit denselben gesellschaftlichen Erscheinungen zu tun. Eigentum, Geld, Wechsel, Aktiengesellschaften, Kredit, Erbrecht: es gibt kaum einen Gegenstand, der nicht der Rechtswissenschaft ebenso angehören würde wie der Volkswirtschaftslehre. Es sind aber doch ganz verschiedene Seiten derselben gesellschaftlichen Erscheinungen, um die sich der eine und der andere kümmert: der eine um ihre wirtschaftliche Bedeutung und Tragweite, der andere um ihre rechtliche Regelung und Rechtsfolgen. Soviel auch der Jurist vom Volkswirt und der Volkswirt vom Juristen lernen können, die Fragen, die dieselben Gegenstände der Forschung an ihre Wissenschaften stellen, sind doch ganz verschieden; gerade deswegen darf auch kein Teil des für beide notwendigen Werkes auf einen überwälzt werden.

Durch die Erforschung des lebenden Rechts wird selbstverständlich weder die historische noch die ethnologische Methode überflüssig werden: denn die gesellschaftlichen Entwicklungsgesetze können uns nur durch die Betrachtung der geschichtlichen und der vorgeschichtlichen (ethnologischen) Tatsache zuteil werden. Die historische und ethnologische Methode ist aber auch unentbehrlich, um den heutigen Rechtszustand zu begreifen. Wir werden zwar die Vergangenheit nie anders als durch die Gegenwart verstehen lernen, aber der Weg zur Einsicht in das innerste Wesen der Gegenwart führt doch wieder nur durch den Einblick in die Vergangenheit: in jedem Stück der Gegenwart ist seine ganze Vergangenheit enthalten, und sie ist dem Auge, das in diese Tiefe zu blicken vermag, deutlich erkennbar. Den großen Begründern der historischen Schule war diese Wahrheit nicht verschlossen, und deswegen wollten sie keineswegs, wie man heute ganz allgemein glaubt, eine Rechtswissenschaft, die eine Rechtsgeschichte ist, sondern eine geschichtliche Rechtswissenschaft. Gewiß haben sie selbst ganz überwiegend nicht einmal Rechtsgeschichte, sondern bloß Rechtsaltertümer getrieben und die geschichtliche Rechtswissenschaft durch dialektische Spekulation, oder, was nicht viel besser ist, durch Schellingsche Philosophie ersetzt: auch sie mußten als Menschen der Zeit ihren Zoll entrichten. Aber das Ziel haben sie mit großen Lettern schon auf die Eingangspforte geschrieben, nur daß niemand die In-

schrift zu lesen verstand. Und das ist ebenso bezeichnend, wie daß in der Folge aus der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft eine Zeitschrift für Rechtsgeschichte geworden ist.

Um den wirklichen Rechtszustand zu kennen, müssen wir sowohl das erforschen, was die Gesellschaft selbst dabei leistet, als auch das staatliche Recht und den tatsächlichen Einfluß des Staates auf das gesellschaftliche Recht. Wir müssen wissen, welche Arten von Ehe und Familie in einem Lande vorkommen, welche Arten von Verträgen abgeschlossen werden und welchen Inhalt sie im allgemeinen haben, welcher Art letztwillige Erklärungen errichtet werden, wie das alles nach dem vor Gericht und Behörden geltenden Rechte beurteilt werden soll, wie es beurteilt wird und inwieweit die Urteile und sonstigen Entscheidungen tatsächlich von Wirkung sind. Eine solche Untersuchung wird jedenfalls ergeben, daß, trotzdem die Gesetzgebungen verschiedener Länder, etwa von Frankreich und von Rumänien, übereinstimmen, doch ein sehr verschiedenes Recht herrscht, daß auch das Recht in Böhmen, in Dalmatien und in Galizien keineswegs dasselbe ist, obwohl vor Gericht und Behörden dieselben Gesetzbücher angewendet werden, und daß wegen der Verschiedenheit des tatsächlichen Rechtszustandes ungeachtet des bürgerlichen Gesetzbuchs auch in einzelnen Teilen Deutschlands keine Rechtsgleichheit besteht, ganz abgesehen von den partikulären Abweichungen der Gesetzgebung.

Gewiß wird jede unsere Kenntnis in dieser Richtung immer nur lückenhaft und mangelhaft bleiben, und zweifellos ist es viel leichter und angenehmer, einige Gesetzbücher samt Materialien und Erläuterungen durchzustudieren, als in langwieriger und emsiger Arbeit einen tatsächlichen Zustand festzustellen. Aber schließlich ist es nicht Aufgabe der Wissenschaft, nach leichten und angenehmen Aufgaben zu suchen, sondern nach großen und fruchtbaren. All unser Wissen ist Stückwerk, und die Rechtswissenschaft wird davon keine Ausnahme machen, um so weniger, je wissenschaftlicher sie werden wird.

Diese Ausführungen würden vollständig ihren Zweck verfehlen, wollte sie jemand so verstehen, daß mit den hier angedeuteten Methoden irgendwie die Methodologie der Soziologie des Rechts erschöpft sein soll. Für neue wissenschaftliche Ziele werden immer neue Methoden notwendig werden. Deswegen soll nur als Beweis für die unbegrenzten Möglichbkeiten auf einiges hingewiesen werden. Die politische Geographie, so wie sie Ratzel begründet hatte und wie sie jetzt etwa in Frankreich Brunhes versteht, ist tatsächlich eine Soziologie mit geographischer Forschungsmethode. Schon in den fünfziger Jahren des vorigen Jahrhunderts ist der Franzose Le Play in seiner science sociale überall von den örtlichen Bedingungen des gesellschaftlichen Lebens ausgegangen, und seine Schule setzt in der Gegenwart das

begonnene Werk eifrig fort. In seinem Werke über die Wasserversorgung (irrigation) in Spanien, Ägypten und Algerien, das auch für den Juristen mindestens ebenso interessant ist, wie irgendein Werk über Rechtsgeschichte oder Ethnologie, zeigt Brunhes, welche Menge von rechtlichen Gestaltungen sich überall an die Art, Natur und Ergiebigkeit der Bewässerungsanlagen knüpfen. Wenn die Araber in den afrikanischen Oasen nur ein Eigentum an Bäumen, nicht an der Sandfläche der Wüste kennen, so gibt über die Gründe nicht die Ethnologie und Rechtsgeschichte, sondern nur die Eigentümlichkeit einer Wirtschaft in der Wüste erschöpfenden Aufschluß.

Vor vielen Jahrzehnten schon hat Ofner in Wien auf die unmittelbare Möglichkeit des juristischen Experiments zur Untersuchung des Rechtsgefühls hingewiesen. Vor einem Jahre etwa hat Kobler in den Wiener juristischen Blättern den Gedanken ganz selbständig näher ausgeführt und in der von ihm begründeten Freien juristischen Vereinigung die Versuche tatsächlich aufgenommen. Den Versuchspersonen, die keine Juristen sein dürfen, werden wirkliche oder erdichtete Rechtsfälle oder auch ganze Gerichtsverhandlungen vorgeführt, und sie haben dazu nach ihrem Rechtsgefühle Stellung zu nehmen. Wer denkt da nicht an die Psychometrie der Fechner-Wundtschen Schule? Es stehen diesen Versuchen wohl dieselben Bedenken wie der Psychometrie entgegen. Die Person, die sich für die Versuche hergibt, ist nicht in ihrer gewöhnlichen Stimmung, sie weiß auch, daß ihr Urteil die Sache nicht entscheidet; der erdichtete Fall regt keine Leidenschaften auf, bringt nicht die Gefühle in Wallung, spricht nur zum Verstande. Das sind Fehlerquellen, die eine richtige Methode herausrechnen und in Abzug bringen muß, — der Versuch wird trotz alledem Wertvolles bringen, eben wenn man nicht auf die Fehlerquellen vergißt.

Die Methode ist ebenso unendlich wie die Wissenschaft selbst.

Folgende Schriften desselben Verfassers sind
nach der soziologischen Methode gearbeitet:

Die stillschweigende Willenserklärung. Carl Heymanns Verlag, Berlin 1893.

Das zwingende und nicht zwingende Recht im bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches. II. Band, Heft 4. Gustav Fischer, Jena 1899.

Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen. I. Teil. Das jus civile, jus publicum, jus privatum. Carl Heymanns Verlag, Berlin 1902.

Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft. Vortrag gehalten in der Juristischen Gesellschaft in Wien am 4. März 1903. C. L. Hirschfeld, Leipzig (vergriffen).

Die Rechtsfähigkeit. Das Recht. Sammlung von Abhandlungen für Juristen und Laien. Herausgegeben von Dr. Franz Kohler. Puttkammer & Mühlbrecht, Berlin 1909.